

Fernando Gómez de Liaño
Catedrático de Derecho Procesal
Juez excedente - Abogado

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

6ª Edición

Con la colaboración de Rosa Gómez de Liaño Diego
Profesora titular de Derecho Procesal.

EDITORIAL FORUM

ÍNDICE

I. LA CIENCIA JURÍDICA Y EL DERECHO PROCESAL.....	11
1. EL DERECHO PROCESAL.....	13
2. ETAPAS DE SU FORMACION.....	16
3. CONCEPTOS.....	24
4. EL DERECHO PROCESAL MODERNO.....	25
5. RAMAS DEL DERECHO PROCESAL.....	30
6. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL.....	32
7. LA CIENCIA FORENSE.....	34
 II. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL.....	 37
1. RELACION.....	39
2. LA CONSTITUCION.....	40
3. LA LEGISLACION ORGANICA.....	42
4. LEGISLACION PROCESAL CIVIL.....	44
5. LEGISLACION PROCESAL PENAL.....	47
6. LEGISLACION PROCESAL LABORAL.....	50
7. LEGISLACION PROCESAL ADMINISTRATIVA.....	50
8. EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO.....	51
9. LA JURISPRUDENCIA.....	54
10. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	60
11. LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCESA- LES.....	63
 III. LA JURISDICCION.....	 75
1. CONCEPTO Y CARACTERES.....	77
2. LA JURISDICCION COMO PODER O POTESTAD.....	84
3. JURISDICCION, LEGISLACION Y ADMINISTRACION.....	86
4. JURISDICCION Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA.....	89
5. CONFLICTOS DE JURISDICCION.....	90
 IV. ORGANOS JURISDICCIONALES	 93
1. CONCEPTO Y CARACTERES.....	95

EDITORIAL FORUM S.A
Urb. Puerta de Oviedo 6B

Depósito legal: B. 39.982 - 2003
I.S.B.N: 84-87586-01-5

Maquetación: Teresa Gómez de Liaño Quirós

Imprime: Romanyà/Valls, S.A.

2. CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN.....	101
3. EXTENSION Y LIMITES DE SU CONOCIMIENTO.....	104
4. CONFLICTOS DE COMPETENCIA.....	107
5. ORGANOS JURISDICCIONALES.....	109
6. EL JURADO: LA PARTICIPACION POPULAR EN LA JUSTICIA.....	122
7. LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES.....	125
8. AUXILIO JUDICIAL Y COOPERACION CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.....	130

V. PERSONAL JURISDICCIONAL, AUXILIAR Y COOPERADOR.....	137
1. PERSONAL JURISDICCIONAL.....	139
2. GOBIERNO DE LOS JUECES.....	145
3. PERSONAL COOPERADOR.....	152
I. LOS SECRETARIOS JUDICIALES.....	152
II. OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES.....	156
III. MEDICOS FORENSES.....	157
IV. LA POLICIA JUDICIAL.....	157
4. EL MINISTERIO FISCAL.....	159
5. LOS ABOGADOS Y PROCURADORES: LA PROMOCION DE LA JUSTICIA.....	166

VI. CONSTITUCION Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	186
1. CONCEPTOS.....	188
2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	189
3. SIGNIFICACION EN RELACION CON LA ADMINSTRACIÓN DE JUSTICIA.....	191

VII. PROCESO, PROCEDIMIENTO Y JUICIO.....	202
1. CONCEPTOS.....	204
2. EL JUICIO.JUICIOS HISTORICOS, LOGICOS Y CRITI- COS.....	205
3. LA POSICION DEL JUEZ ANTE LA LEY.....	211
4. EL PROCESO.....	218
5. EL PROCESO CIVIL.....	222
6. EL PROCESO PENAL.....	225
7. EL PROCESO ADMINISTRATIVO.....	229
8. EL PROCESO LABORAL.....	232

VIII. LA ACCION.....	234
1. ACCION Y JURISDICCION.....	236
2. LA ACCION Y SUS CLASES.....	239
3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	246

IX. LOS ACTOS PROCESALES.....	256
1. REQUISITOS Y CLASES.....	258
2. LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.....	267
I. CONCEPTO.....	267
II. REGIMEN JURIDICO.....	268
III. MOTIVOS DE NULIDAD.....	271
IV. MECANISMOS DE DENUNCIA.....	275

X. PRINCIPIOS PROCESALES.....	278
1. PRINCIPIOS DEL PROCESO.....	280
2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO.....	294

I

LA CIENCIA JURÍDICA Y EL DERECHO PROCESAL

1.-EL DERECHO PROCESAL

Al introducimos en una nueva disciplina, parece oportuno, que lo primero sea tratar de dar una idea de la misma, y en particular centrarla o situarla dentro del ordenamiento jurídico. Y si queremos entroncar el derecho procesal dentro de la ciencia jurídica hay que acudir a las exigencias de la paz social.

En la idea de convivencia y búsqueda de la paz social encontramos el punto de partida de la ciencia del derecho, porque es algo que nace de la propia vida, ya que el convivir exige regularla, de modo que haga posible la de los demás. Por eso decía COING, que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento de paz, y LARENZ, considera como componentes principales de la idea de derecho, la paz jurídica y la justicia, estando entre sí en una relación dialéctica y de condición recíproca.

La convivencia social origina indefectiblemente el conflicto de intereses, que en el tiempo es, desde luego, anterior a la promulgación de cualquier ley, y que debe considerarse como primera piedra de cualquier construcción jurídica.

La inseguridad que el conflicto origina en el marco social, exige la presencia de unas reglas que proporcionen la solución adecuada previniéndolas y evitándolas en primer tratamiento, e institucionalizando después un sistema de clarificación e imposición coactiva.

a) Hay un orden jurídico primario, que está constituido por el derecho natural, que es común a la naturaleza humana, y que determina en el hombre una serie de reglas que rigen su comportamiento. No está sujeto a variaciones, tiene carácter universal con ligeras modificaciones. No es por sí mismo obligatorio, y carece de sanción.

b) El derecho positivo nos hace saber lo que está expresamente permitido y prohibido en un determinado momento, y en este sentido constituye un sistema de seguridad, de control social. El derecho es en este aspecto un sistema normativo, cuyos datos operativos los proporciona la ley promulgada, que se configura como un instrumento para resolver los problemas cotidianos.

El sistema normativo es cambiante, aunque no en términos absolutos. Se ha dicho que si un ciudadano despertara del sueño de dos milenios, acaso el diálogo menos lleno de sorpresas que podría mantener sería el referente a muchas instituciones jurídicas.

c) Pero el derecho material contenido en la ley no es suficiente para mantener el orden social, porque el legislador no puede prever todas las situaciones que son susceptibles de presentarse en la práctica, y porque no puede remover los obstáculos que se interponen al cumplimiento pacífico de sus disposiciones.

Y aquí es donde surge el DERECHO PROCESAL, porque desde antiguo, se les reconoce a los individuos no sólo unos derechos y obligaciones, que las leyes configuran, sino también la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia, en la resolución de sus problemas concretos. Porque es importante que el Código civil diga, por ejemplo, que todo poseedor goza de la protección posesoria, o que el comprador tiene derecho a la entrega de la cosa vendida; pero no es suficiente, porque cuando no se cumple voluntariamente es necesario que la previa conformación del derecho se imponga en la práctica.

Lo definitivo reside en el amparo que proporciona el órgano jurisdiccional, decidiendo el conflicto en concreto y obligando a su cumplimiento. Funciones que muy gráficamente se recogen en nuestro derecho referidas al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en las que se concreta la función jurisdiccional, que es el objeto del derecho procesal, principalmente.

d) Pero el panorama jurídico no quedaría completo sin la referen-

cia al control general y superior de las leyes fundamentales contenidas en la Constitución, y de su aplicación, como valor superior orgánicamente tutelado. Dice GARCÍA ENTERRÍA, que la técnica de atribuir a la Constitución el valor superior inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante del valor de éstas, que es judicialmente tutelado, constituye la más importante creación del constitucionalismo americano¹. Y a través del constitucionalismo, nos hemos acercado al derecho natural, concretando al máximo sus abstracciones y haciéndolo más tangible. Señala ALMAGRO que: "Tras la defensa judicial de la Constitución, late una concepción ius naturalística. El Derecho natural como problema, como interrogante y permanente apelación a la conciencia de los hombres que viven en sociedad; el Derecho natural, en ocasiones, empleado como argumento último del acatamiento al orden constituido; el Derecho natural, también utilizado como fermento ideológico de rebeldía frente a las opresiones establecidas; el permanente drama del hombre, proyectado en lo jurídico.

A medio camino entre justicia general y justicia individual; entre juicio de legalidad y juicio de equidad; entre derecho justo y derecho constituido; entre Derecho natural y Derecho positivo, nacen estas jurisdicciones que toman como punto de obligada referencia para su quehacer la Ley Suprema; norma, formalmente positiva, materialmente flexible y llena de espacios, que deben ser cubiertos con el buen sentido jurídico y político"².

Ahora bien, su configuración y su significado, ha experimentado una evolución paralela a las ideologías sociales, que han influido en el proceso judicial de forma amplia. El sistema feudal daba un valor diferente al testimonio del noble, o al del hombre sobre la mujer, y los formalismos que han atenazado durante siglos su desarrollo, presentan profundas razones históricas, lógicas e ideológicas³.

¹ *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español*. En "Tribunal Constitucional" I.E.F. Madrid. 1981, pág. 106.

² *Justicia Constitucional*. Madrid. 1980. *Prólogo*.

³ Ver CAPPELLETTI. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Sentis y Banzhaf. Buenos Aires. 1974, pág. 8.

2.-ETAPAS DE SU FORMACIÓN

El derecho procesal, es una disciplina de moderna elaboración, con precedentes anclados en las prácticas y actuaciones ante los Tribunales y escribanos, pues incluso en la enseñanza universitaria hasta 1928, estuvo mezclada con la redacción de instrumentos públicos. Las Lecciones de Práctica Forense que en 1924 publica MIGUEL y ROMERO, recogen también los "actos y contratos en que interviene notario", porque se refería a las formalidades a seguir en el ejercicio de nuestros derechos fuera incluso de la esfera judicial. PRIETO CASTRO, señala que en ciertos aspectos el derecho notarial constituye un complemento del derecho procesal. El punto de partida reside en el estudio de los procedimientos judiciales, describiendo las solemnidades propias de sus concretas manifestaciones, sin que faltase la crítica "filosófica" como en el caso de VICENTE Y CARAVANTES, cultivador principal que escribió en 1856 el "Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento".

La deficiente base legislativa ha venido durante siglos abonando la existencia de corruptelas y abusos curialescos a los que se propuso dar fin a la vez que procurar una mayor celeridad y economía el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, propósitos que todavía están por conseguirse, porque los avances son muy lentos.

La doctrina ha realizado una labor fundamental, descubriendo la realidad más compleja y diferente de las formas procedimentales, que se centra en el proceso judicial, como instrumento de defensa jurídica, a través del libre acceso a la jurisdicción, y consecuencia inevitable, directa y primaria del ordenamiento jurídico, con su trascendente función en la protección de derechos humanos, siendo autores alemanes los que sentaron las bases fundamentales de su desarrollo. BULLOW, HELLWIG, KOHLER y WACH, destacan por sus trascendentes aportaciones, considerándose a la doctrina italiana como continuadora de tan laboriosa tarea. MORTARA, CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI, y otros muchos posteriormente, han propor-

cionado al derecho procesal un brillante desarrollo.

En España, PAZ, CARLEVAL, ESCRICHE, VICENTE Y CARAVANTES, HEVIA BOLAÑOS, entre otros, fueron los fundadores de nuestro derecho procesal⁴. BECEÑA fue figura destacada que abre camino al procesalismo científico. PRIETO CASTRO, GUASP, GÓMEZ ORBANEJA Y FENECH, impulsaron su desarrollo y la recepción de la doctrina germana e italiana. En sus obras se han formado generaciones de juristas, y nos sirven de pauta y ejemplo cada día.

En ellas se presenta al proceso como punto de arranque de toda construcción ulterior de la disciplina (GUASP). De la idea de que en el derecho procesal hay otras realidades llevó a algunos autores a centrar en la jurisdicción el principal punto de atención sobre el que giraría la disciplina, fijándose en que lo definitivo es la función que se ejerce, más que el instrumento a través del cual se consigue, llegando incluso a proponer el cambio de nombre por el de derecho jurisdiccional⁵ o derecho judicial.

La de derecho judicial, no es nueva, porque en 1886 MONTEJO, publicó un "Tratado de Derecho judicial", pero adquiere en los tiempos presentes una especial significación, con el fin de alejarlo del positivismo legalista, con aproximación a la creación judicial del derecho, ya que no puede desconocerse la participación de los Tribunales en esta tarea, como no debe olvidarse la realidad jurídica que ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a ser una pieza importante del ordenamiento jurídico, y a valorarse los precedentes que en todo caso constituyen las sentencias judiciales en determinadas materias.

La de derecho jurisdiccional ha sido calificada de inapropiada y peli-

⁴ Existen estudios que datan del siglo XIII como el de JACOME RUIZ autor del *Doctrinal que compuso Mestre Jacobo de las Leyes para Bonajunta su hijo*. Ver *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, juriconsulto del siglo XIII*. Madrid. 1924. Con introducción de RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD y ALFREDO BONILLA Y SAN MARTÍN.

⁵ MONTERO, ORTELLS. *Derecho jurisdiccional*. I. Barcelona. 1987.

grosa⁶ y posiblemente inexacta porque como ya apuntábamos en nuestro prólogo el fenómeno procesal surge de la colaboración y complemento de dos funciones, la de abogar y la de juzgar, cuyo ordenado desarrollo estudia el derecho procesal, y no daría una correcta visión fijarnos en alguno de sus aspectos, aunque sea sin duda importante. Dice RAMOS que el ciclo de nuestra disciplina comienza en la noción de proceso, marco en el que se desenvuelve la acción de las partes y de la jurisdicción, y el ciclo culmina en el juicio, meta por la que se afana y en la que concluye la actividad proce-

⁶ ALMAGRO, GIMENO, CORTÉS, MORENO. *Derecho Procesal*. Tomo I. Vol. I. Valencia. 1987, pág. 24. Dice ALMAGRO:

"Personalmente, considero inapropiada y peligrosa esta denominación para sustituir la ya clásica de Derecho Procesal, Inapropiada porque parece reconducir la actividad procesal a la actividad jurisdiccional, lo que exigiría dar a esta última un sentido lato y difuso; en efecto, el proceso representa, la ordenación de actividades triangulares, la de las partes o sujetos implicados en el conflicto, generadoras del ejercicio de la jurisdicción y la del órgano jurisdiccional y, aunque al final, la sentencia sea un acto meramente jurisdiccional, no se puede desdeñar la importancia que tiene en su génesis la actividad de las partes, especialmente, en cuanto a la determinación de su alcance, también, en el proceso penal. Es asimismo peligrosa, porque tras la misma subyace un manifiesto o disimulado autoritarismo que magnifica la presencia estatal en detrimento del derecho a exigir la prestación jurisdiccional que tienen los justiciables, determinando con libertad el contenido del proceso. En definitiva, entiendo, que la feliz neutralidad del término proceso y su adjetivo procesal, sirve mejor a los fines de la denominación de la disciplina como Derecho Procesal, antes que como Derecho jurisdiccional. Esta neutralidad -aclaro- se refiere al necesario equilibrio entre los poderes del juez y de las partes, no el instrumento que sirve al Derecho material que, en este orden, queda en algún sentido "teñido" de las características del derecho material al que sirve. Avalan, también, esta posición el continuado uso, con marchamo científico, de la expresión y el carácter relativo que tiene esta cuestión, pues a la hora de precisar la denominación de una rama jurídica, no hay que reparar exclusivamente en la lógica total de la significación desnuda en los términos, sino en las indicaciones de significado que muestran, siempre en función -si de ciencia jurídica se trata- de las cargas semánticas que la evolución histórica produce".

sal declarativa.

En la evolución conceptual del derecho procesal, se aprecia un progresivo abandono de los formalismos importantes en sus orígenes, e incluso en su desarrollo, y que en la actualidad se presentan como absolutamente incompatibles con las orientaciones que se imponen con carácter principal en orden a la búsqueda de la resolución de fondo que proporcione la tutela pretendida, con prevalencia de las reglas de la buena fe, y lejos de cualquier abuso jurídico que pueda ampararse en interpretaciones cerradas y obstaculizantes de las normas procesales.

Así pues podrían distinguirse en su formación varias etapas:

1) *En la primera* destaca el aspecto formalista y procedimental, marcado entre nosotros durante muchos años por las influencias del derecho romano. Constituye más bien un precedente del actual derecho procesal, que realmente era desconocido, porque dominaba la exégesis de los distintos procedimientos, sus trámites y escritos. El Fuero Juzgo constituye un intento de ordenación del procedimiento judicial⁷ perfeccionado ulteriormente en las Partidas⁸ sentando

⁷ En él ya se refiere a los días inhábiles, ejecución de las resoluciones judiciales, rebeldía y comparecencia ante el juez, que era nombrado por los alcaldes, ya sometido a responsabilidad, en el ejercicio de su autoridad, con juicios orales y públicos, celebrados siempre en presencia judicial, destacándose como pruebas la testifical y documental, y estableciéndose la posibilidad de recursos. El Fuero Juzgo es del año 681. Fue aprobado por el XVI Concilio de Trento, y es una refundición de la legislación visigótica e hispano romana.

⁸ Legislación promovida por Alfonso X en 1265. La Partida III se dedica a organización judicial y procedimiento bajo el epígrafe de "Que fabla de la justicia e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar por palabra de juizio e por obra de fecho para desembargar los pleitos", y en diferentes títulos se ocupa de:

1. La demanda y comparecencia en juicio.
2. De los demandados y competencia por razón del domicilio.
3. De los jueces, sus clases, facultades, derechos e incompatibilidades.

muchas normas que pasaron después a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y a la actual, de donde se deduce que sus orígenes vienen a determinar en cierto modo la realidad actual, y así se ha señalado con acierto que el proceso judicial en su perspectiva histórica no ha logrado desprenderse de las sacramentales inmanencias de su origen⁹.

En España empieza a impartirse en las Universidades con el nombre de "práctica forense" a partir de 1807, lo que nos da una idea de su contenido.

4. De los personeros y boceros (hoy abogados y procuradores).
5. De los emplazamientos y de la rebeldía.
6. Del aseguramiento de bienes litigiosos.
7. De las alegaciones y detalle de las pruebas.
8. De los distintos juicios y sentencias que pueden dictarse.
9. De los recursos y forma y medio de ejecutar los juicios "valederos" (sentencias firmes).

⁹Vid. MERCADER. Estudios de Derecho Procesal. Ed. Platense. 1964. Pág. 21 donde dice:

"... en su perspectiva histórica el proceso judicial contemporáneo no ha logrado desprenderse de las sacramentales inmanencias de su origen. Para muchos de los tantos y tan preclaros elaboradores de su doctrina, inclusive los que honran y regentan las más adelantadas escuelas surgidas luego de Windscheid -en 1856- y de Chiovenda -en lo que va de este siglo- el proceso, inexorablemente identificado con la procedure, sigue siendo nada más que un fenómeno tan sólo posible, pero siempre posterior, y extraño a la sistemática del ordenamiento de las relaciones verdaderamente creadoras del derecho. Desapartado así de la unidad plenaria del sistema jurídico que rige la vida colectiva, nada de extraño tiene la hipótesis de que el proceso, por continuar siendo concebido como un fenómeno -tan sólo posible y posterior- que cruza adormilado sobre una órbita excéntrica a la del derecho, pueda responder a principios y reglas incompatibles que, en sus casos, lleguen a destruir el sentido unitario y coherente de las leyes que gobiernan a las sociedades".

2) En una segunda etapa se habla de procesalismo científico¹⁰ porque hay un cambio, más que en el contenido en el enfoque, desarrollándose conceptos fundamentales de la disciplina, de la acción, jurisdicción y proceso. Ya vimos cómo el profesor Guasp, representante genuino de esta época, considera al proceso como punto de arranque de toda construcción o sistema de la disciplina. Y en las definiciones de los autores así se manifiesta. Sería simplemente el derecho referente al proceso¹¹, fijándose principalmente en el método u orden de proceder que supone.

3) La doctrina procesal moderna viene esforzándose desde hace algún tiempo en separar el derecho procesal del derecho sustantivo, al objeto de configurarla como disciplina autónoma, de manera que prefiera fijarse en la actividad que se desarrolla más que en el aspecto instrumental del proceso, y así en 1960 indicaba FENECH, que la evolución del derecho procesal se ha producido <<siguiendo un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, pero si queremos llegar a la médula de la esencia ésta no puede estar nunca en el instrumento, esta actividad encuadrada por el Derecho es la actividad jurisdiccional y, por tanto, nuestra disciplina debe denominarse *Derecho de la actividad jurisdiccional* o, en definitiva, *Derecho jurisdiccional*¹²>> .

¹⁰ MONTERO AROCA. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. "R.D.P.I." 1976. Núm. 1. Pág. 155. Ver ALCALÁ ZAMORA. Evolución de la doctrina procesal. En "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso". Tomo II. México. Pág. 299.

¹¹ GUASP. Derecho Procesal Civil. Madrid. 1961, pág. 31. PRIETO CASTRO. Exposición de Derecho Procesal Civil Español. Tomo I. Zaragoza. 1941, pág. 9. Decía: "El Derecho Procesal Civil en sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas positivas que regulan el proceso civil".

¹² Notas Previas al estudio del Derecho Procesal. En "Derecho Procesal Penal", I. Barcelona. 1960, pág. 34.

Y en esta que podríamos considerar tercera etapa, un buen número de procesalistas actuales¹³ se fijaron en esta óptica, que desde luego significa un avance importante, porque lo que realmente se estudia en el derecho procesal, no queda reducido al proceso, sus fases, órdenes de actuación, y su propio sistema. Es más importante, desde luego, la actividad que se desarrolla, determinando lo que es derecho para el caso concreto, porque en el estudio de la relación de derecho y proceso¹⁴, es evidente que el derecho procesal sirve para aportar algo más que el derecho establecido, resolviendo cada conflicto social de forma autónoma, y hasta de manera hasta entonces no prevista ni conocida, en una actividad creadora, que es la jurisdiccional.

4) Sin embargo, hoy, entre nosotros y a partir de la *Constitución de 1978* hemos entrado en una nueva etapa, en la que el derecho procesal se institucionaliza como método de defensa social al servicio de la persona como titular de derechos, y que ha de servirse del derecho procesal para ejercerlos, y en este sentido la doctrina moderna es casi unánime en la consideración del derecho procesal como aquél que disciplina el derecho a la tutela judicial efectiva.

Queda desplazado el eje de función o actividad del Estado a defensa de derechos de la persona. Y esta es la línea del denominado "garantismo" en cuanto esta disciplina sirve, o debe servir para acercar al ciudadano al ejercicio efectivo de sus derechos, preocupándose de que sean una realidad.

Además el derecho procesal se ocupa no sólo de la jurisdicción. La promoción de la justicia, y el derecho de defensa, constituyen aspectos claves y están fuera de la jurisdicción.

¹³ Para DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, el derecho procesal se configura como ordenamiento de la actividad jurisdiccional. *Lecciones de Derecho Procesal. I.* Barcelona. 1986, pág. 145 y sig.

¹⁴ Ver *Derecho y Proceso* de RAMOS MÉNDEZ. Barcelona. 1979, pág. 15 y sig.

En esta dirección señala ALMAGRO, que¹⁵ :

"Si funcionalmente el Derecho Procesal regula la actividad del proceso, desde un punto de vista institucional, el Derecho Procesal ocupa una posición singular en el ordenamiento jurídico, puesto que se erige en garantía última de su aplicación y efectividad.

Puede así afirmarse, que el Derecho Procesal es un Derecho para el Derecho o si se quiere, un Derecho garante del Derecho. En este aspecto comporta tanto una prevención general que actúa como disuasoria frente a los incumplimientos o inobservancias posibles, implícitas en la coercibilidad de las normas que promete la garantía jurisdiccional, como una prevención específica cuando el caso llega, que se transforma en garantía de reparación, mediante la declaración del derecho y si procede, ejecución de la condena. Cabe decir, que el desenvolvimiento de la libertad que tutela el Derecho tiene como contrapunto la seguridad jurídica que si está garantizada por la Constitución, es porque, a su vez, aquella seguridad depende de la definitiva certeza jurídica que resulta de la efectiva aplicación de las leyes, como consecuencia de la cosa juzgada, y en su caso, de la cosa ejecutada".

Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, lo define como el derecho que sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada¹⁶.

¹⁵ ALMAGRO, GIMENO, CORTÉS, MORENO. *Derecho Procesal. Parte General. I.* Valencia. 1990, pág. 25.

¹⁶ MORENO, CORTÉS, GIMENO. *Introducción al Derecho Procesal.* Valencia. 1993, pág. 306.

3.-CONCEPTOS

En la evolución conceptual del derecho procesal, se aprecia un progresivo abandono de los formalismos importantes en sus orígenes, e incluso en su desarrollo, y que en la actualidad se presentan como absolutamente incompatibles con las orientaciones que se imponen con carácter principal en orden a la búsqueda de la resolución de fondo que proporcione la tutela pretendida, con prevalencia de las reglas de la buena fe, y lejos de cualquier abuso jurídico que pueda ampararse en interpretaciones cerradas y obstaculizantes de las normas procesales.

Por eso el derecho procesal debe ser considerado desde una perspectiva muy amplia y presenta diversas consideraciones:

A) **SOCIOLÓGICAMENTE**, es una disciplina que se ocupa de la resolución de los conflictos humanos concretos, ya planteados, y con el fin de restaurar la paz social, que el derecho denominado material en su función preventiva no es capaz de conseguir.

B) **INSTITUCIONALMENTE**, disciplina el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de los ciudadanos de acudir a los tribunales deduciendo sus peticiones concretas, alegando y probando en busca de la resolución fundada, y del derecho de defensa, del derecho a recurrir, y a obtener la ejecución de las resoluciones.

C) **FORMALMENTE**, se refiere a las actuaciones concretas de las partes ante los tribunales de justicia, y las decisiones de éstos.

D) **FUNCIONALMENTE**, se ocupa de la creación judicial del derecho, y no de mantener el orden jurídico preexistente, porque en sus manifestaciones siempre aporta algo nuevo e introducen en el mundo jurídico ese derecho para el caso concreto, que no es algo que nos viene dado previamente sino que es preciso indagar, para eliminar una incertidumbre jurídica, o comprobar si existe responsabilidad de diversa índole, o si ha lugar a que nazca una nueva relación jurídica,

cuestiones todas que sólo pueden obtenerse a través de sus normas.

Por ello el derecho procesal conecta con la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Trata de proporcionar seguridad jurídica y conseguir el orden social, y por eso se ha llegado a afirmar que la creencia de la sociedad en el derecho está en función de la eficacia del derecho procesal.

El derecho procesal es denominado formal o adjetivo para oponerlo al derecho sustantivo o material, predicándose la instrumentalidad del primero respecto del segundo, porque tiende a servir una petición fundada en derecho civil, penal, laboral, administrativo, mercantil, etc...

Pero si nos fijamos en la labor creadora que a través del proceso judicial se realiza, la instrumentalidad puede desdibujarse, porque decía GUASP que la finalidad institucional del proceso no se halla subordinada a ninguna otra, y es sólo un instrumento de los supremos valores jurídicos a los que todo el derecho obedece y se halla subordinado.

La propia aplicación de una norma exige una actividad autónoma, independiente y creativa, proporcionándose soluciones que incluso no están previstas en el derecho material, o contrarias al mismo por aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Y si enlazamos con el derecho a la tutela judicial que precisamente se encauza y trata de hacerse efectivo a través de las normas del derecho procesal, nos aproximaríamos a una instrumentalidad superior, no ya al servicio de derechos materiales concretos sino a favor de aquél más amplio y trascendente que recoge el art. 24 de la Constitución, y por eso hemos podido obtener uno de sus perfiles como conjunto de normas que disciplinan o instrumentan ese derecho a la tutela judicial efectiva.

4.-EL DERECHO PROCESAL MODERNO

El derecho procesal de nuestros días debe concebirse como un

derecho facilitador, que ha de favorecer la defensa de los derechos de la persona proporcionando un camino libre y expedito, y sin obstáculos de manera que ayude a conseguir una sentencia de fondo conforme a derecho y su ejecución. Y de esta manera constituirá nada menos que la culminación del orden jurídico, pues de muy poco sirve el derecho material, si los derechos legítimos no encuentran la satisfacción adecuada.

Es evidente, que entre nosotros, la Constitución de 1978, quiere constituir un hito importante en este desarrollo, y en esta concepción, pues cuando en su art. 24 expresa que la tutela judicial ha de ser efectiva, por encima de la complicación de algunas construcciones doctrinales, es claro exponente de un deseo que se entiende con facilidad, y es el de que las actuaciones judiciales, pueden proporcionar la vía adecuada, para la satisfacción de los derechos legítimos.

Las orientaciones que se vienen destacando y que determinan la presencia de un derecho procesal nuevo son, entre otras, las siguientes:

1) *Concepción finalista del proceso*, concebido como instrumento al servicio de los derechos de la persona, y en el cual lo definitivo sea la forma de encauzar la acción, constituyendo un medio para la mejor decisión de la controversia, y actuando en la forma más favorable hacia la consecución de la sentencia de fondo, y su más completa y eficaz ejecución¹⁷.

¹⁷ En este sentido la STC de 3.7.85, indica que << Resulta repudiable todo formalismo enervante, así como la realización de interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras del proceso que supongan impedimentos definitivos para el conocimiento de las pretensiones o del recurso, si son contrarias al espíritu y finalidad de la norma procesal y a dicho artículo 24.1 de la CE que deben interpretarse en debida conexión para conseguir la finalidad por este último propuesta, por lo que toda interpretación debe efectuarse en el sentido más favorable para otorgar la efectividad del derecho constitucional referido, y, por lo tanto, marginando cualquier justificación meramente aparente, por irrazonable e injustificada que cercene al proceso debido,

2) *Consideración de la acción como derecho de libre acceso a la Justicia*. La acción que constituye uno de los ejes del sistema, adquiere una dimensión social, derivada de la idea de servicio, que debe tener la administración de Justicia, al objeto de poder servir de instrumento al derecho constitucional de defensa, en el más amplio sentido. Y en este sentido han ido aparecido normas, como el art. 7 de la LOPJ que con carácter general vino a imponer a los Tribunales, la obligación de proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, y para la defensa de estos últimos se reconoce legitimación a los grupos que resulten afectados, reconociéndose por tanto expresamente las denominadas acciones colectivas que pueden ejercer grupos sin personalidad jurídica, lo cual en su día, provocó un giro en la interpretación del art. 2 de la antigua LEC de 1881 donde la capacidad para ser parte venía referida con carácter general a la capacidad jurídica del Derecho Civil, vinculada estrechamente con la personalidad, y que ahora aparece recogida en concreto en el art.6 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000¹⁸.

pues el proceso debe poseer la amplitud necesaria para el examen y decisión de los derechos objeto del conflicto intersubjetivo de intereses>>.

¹⁸ <<Capacidad para ser parte.-1. Podrán ser parte en los procesos ante los Tribunales civiles: 1º Las personas físicas. 2º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables. 3º Las personas jurídicas. 4º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración. 5º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte. 6º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que,, conforme a la ley, haya de intervenir como parte. 7º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.>>

3) *Se destaca la idea de promoción de la justicia*, porque el interesado, no tiene aquel acceso directo a los tribunales, debiendo actuar a través de sus representantes casuísticos, que se presentan como un pilar fundamental en la construcción del derecho procesal moderno, que ha de servir para disciplinar el diálogo entre las partes y el juez, dirigido por un profesional, que es el abogado, al que se le reconocen las facultades de dirección, alegando y probando en la dirección adecuada, pidiendo cautelas, recurriendo, etc., y hasta eliminando la controversia judicial a través de la transacción y conciliación.

Por eso el derecho procesal debe concebirse como algo más que el derecho a la actividad jurisdiccional, es un derecho que disciplina ese diálogo, en orden a la solución del conflicto. Y las reglas de ese diálogo deben favorecer la solución pronta y efectiva.

4) Al imponerse la Administración de Justicia, como un servicio público, se aprecia la tendencia hacia la "publicitación" o publicización" del proceso y aumento de los poderes del juez, que debe llevar la dirección del proceso, sin esperar, por ejemplo a que las partes denuncien defectos, o quieran hacer la pregunta clave.

En esta línea el art. 7 del Código civil hace ya algún tiempo, que introdujo en nuestro derecho una doctrina que por genérica ha sido poco aplicada, y que habilita a los jueces a tomar medidas necesarias para que no se produzcan abusos. O el art. 11 de la LOPJ, en orden a la obligación de rechazar actuaciones maliciosas o fraudulentas¹⁹.

¹⁹ El art. 11 de la LOPJ señala:

"1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen.

El art. 240 de la LOPJ, puso en la iniciativa judicial, la defensa del orden procesal, pudiendo detectar de oficio nulidades, modificando el régimen anterior de manera tan sensible que aún no ha calado bien en la práctica²⁰.

La Ley de Procedimiento Laboral que es un texto procesal moderno, recoge muy bien esta orientación²¹.

5) *Se camina hacia la implantación del principio de confianza*, ya que la lucha procesal debe ser leal por definición, y la buena fe debe sentar sus reales dentro del proceso judicial. Así lo señalan normas de nuevo cuño, aunque no sería preciso que ninguna lo dijera, porque no se puede pedir justicia sin buena fe.

Se tiende a insistir en estos principios conocidos desde antiguo, y predicados por la mejor doctrina, y que inadecuadas e inveteradas prácticas forenses lograron enterrar.

Así ya pudimos leer en la Ley de Procedimiento Laboral que las partes están obligadas a actuar con arreglo a los principios de veracidad y probidad, y ver con frecuencia resoluciones de los tribunales con referencias a la lealtad procesal como la STS. 15.11.91 que considera que la negativa a colaborar en la prueba es una muestra de mala fe, y la SAP. de Oviedo (Sección 5ª) de 19.3.93, señala que se falta a las reglas más elementales de la lealtad procesal cuando en el escrito de demanda se ocultaron hechos fundamentales. Pero su inculcado el defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido por las leyes".

²⁰ Ver GÓMEZ DE LIAÑO. *La nulidad de sentencias sin necesidad de recurso*. La ley. I. 1989, pág. 312.

²¹ En la base décima se decía:

Se regularán como deberes procesales:

1. El rechazo de oficio de las peticiones dilatorias o que entrañen manifiesto abuso de derecho; la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio de derecho a la tutela judicial y la subsanación y convalidación de los actos procesales sanables.
2. La intervención activa del Juez o Tribunal en todas las fases del proceso.
3. La actuación de las partes con arreglo a los principios de veracidad y probidad, garantizándose durante el curso de las actuaciones la igualdad entre ambas.

ción carecía de sanción concreta hasta que finalmente en la NLEC 1/2000 se introdujo el artículo 247 bajo la rúbrica de la buena fe Procesal y que tiene su precedente legislativo en el art.11 de la LOPJ. Ahora se otorgan a los jueces facultades para imponer multas de hasta 6.000 euros a las partes que hayan infringido las reglas de la buena fe procesal, y también a los profesionales intervinientes, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que pudiesen incurrir. Declaraciones que vienen demostrando que las cosas están cambiando, pues tradicionalmente nadie se extrañaba de que fuese así, sino que incluso algunos autores defendían el derecho a hacerlo.

6) *El derecho procesal moderno exige un mayor rigor en el desarrollo de la prueba, prohibiéndose no sólo la utilización de pruebas ilícitas sino exigiendo rigurosamente las normas establecidas, por su vinculación al derecho de defensa, imponiéndose el principio de libre valoración de la prueba, alejándonos de las teorías de la verdad material y verdad formal, porque como pusiera de manifiesto CARNELUTTI, la verdad es como el agua, o es pura o no es verdad.*

7) *Se ha consagrado constitucionalmente el derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas. Es sin duda un reto de futuro, porque en la actualidad nos encontramos lejos de conseguirlo. Y tiene una especial significación, sobre todo en el proceso penal, dada la inseparable relación entre el delito, pena y proceso. Sólo a través del proceso puede imponerse una pena. Y las penas privativas de libertad sólo se justifican constitucionalmente en función de la reinserción social. Algunas resoluciones judiciales han entendido perfectamente que después de varios años de cometer un delito, no es posible imponer una pena carcelaria, a quien se encuentra perfectamente integrado socialmente, y en ocasiones el T.S. ha tenido que hacer esfuerzos extraordinarios para encontrar una solución justa, a esa justicia tardía.*

5.-RAMAS DEL DERECHO PROCESAL

Sin embargo el derecho procesal no puede desligarse el derecho material, hasta el punto que las especialidades de éste han dado

lugar a la aparición de diversas ramas, dentro de su unidad fundamental, e incluso hasta el punto de que la parte general común a todas las ramas se ha impuesto.

A) **El derecho procesal civil**, se ocupa de canalizar las pretensiones de derecho privado, comprendiendo en éstos las de carácter mercantil. La naturaleza de los derechos que se ventilan inspira sus principios rectores, de oportunidad, dispositivo, etc.

Su desarrollo es más importante por el interés que despertó en la doctrina, de manera que han sido trasladadas al penal, en lo posible, algunas de sus construcciones.

B) **El derecho procesal penal**, se ocupa de la aplicación del "ius puniendi", derecho del Estado a imponer penas a los autores de infracciones, regido por el principio de necesidad, y presencia de acusación pública, con el fin de que no quede al arbitrio de los particulares la aplicación del mismo.

C) **El proceso laboral**, y sus normas reguladoras, se desgajaron del derecho procesal civil en tiempos recientes en España, con el fin de acercarse a las exigencias del moderno derecho del trabajo, mediante procedimientos simples y rápidos, de orientación tuitiva hacia el trabajador.

D) **El derecho procesal administrativo**, regula aquellos procesos en los que interviene la Admón. tramitándose pretensiones deducidas por razón de un acto administrativo. Se configura en nuestro país, como "recurso contencioso-administrativo" porque constituye la impugnación de una decisión procedente de la actuación de los órganos del Estado que puede ser revisada para comprobar si es conforme a derecho, de donde viene su confusión como jurisdicción revisora.

6.-CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL

La delimitación del *contenido* del derecho procesal no es obra sencilla, porque como hemos visto, no lo es la distinción entre las normas jurídicas materiales y las normas jurídicas instrumentales o procesales, sin que nos sirva la ubicación de la norma dentro de uno u otro cuerpo legislativo para su calificación correcta, puesto que a pesar de que en las últimas reformas procesales, como la de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en la pretensión de lograr una ley procesal de carácter general, se llevo a cabo una importante reconducción de multitud de preceptos procesales dispersos en otros cuerpos normativos de nuestro ordenamiento con exclusión de otras materias no procesales como la Jurisdicción voluntaria, todavía en la actualidad subsisten normas de carácter procesal contenidas en distintas leyes o códigos que regulan principalmente materias de carácter sustantivo o material, como las Leyes Hipotecarias, sobre Propiedad Horizontal etc..

Al no servir este criterio de selección, habrá de acudir a la doctrina científica. Pero su examen nos brinda opiniones muy dispares. Por un lado encontramos teorías amplísimas como la de GOLDSCHMIDT y SATTA en las cuales el derecho procesal lo abarca todo o casi todo. Por el contrario, basta señalar como la jurisdicción, fue excluida del derecho procesal en los "Fundamentos" de COUTURE, apareciendo únicamente en la edición póstuma, para darnos una idea de la controversia existente.

En esta disparidad es preciso adoptar una postura intermedia comprendiendo en el derecho procesal las instituciones claves sobre las que se asienta, esto es la jurisdicción, acción y proceso. Por su conexión con la jurisdicción, el estudio de la organización de Tribunales, y la promoción de la justicia.

Los conceptos de demanda y contestación con sus posibles eventualidades e incidencias, son elementos integrantes del proceso, como lo es la prueba, su carga, medios y valoración. La sentencia

como manifestación jurisdiccional, por excelencia, es el supremo fenómeno procesal, calidad que se transmite a la cosa juzgada y a su ejecución. Precisamente en esta materia encontramos recientes manifestaciones de la expansión del derecho procesal a campos que durante mucho tiempo han permanecido pacíficamente a otras disciplinas. Tal es el caso de las penas y su ejecución, que están bajo el conocimiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, creados por la Ley Orgánica Penitenciaria de 1979, con indudable fundamento puesto que constituyen el tema principal del "hacer ejecutar lo juzgado". Si a ello añadimos la progresiva preocupación que la sociedad demuestra en orden a las garantías y formas que han de revestir el cumplimiento de las sanciones criminales, no es de extrañar tal inclusión como materia propia del derecho procesal.

El derecho procesal se ocupa de cómo ha juzgarse y hacerse ejecutar lo juzgado, acercando el ordenamiento jurídico a la realidad de cada supuesto, a través de las resoluciones de los Tribunales, que son el resultado del proceso jurisdiccional. Pero es muy importante conectar ese planteamiento, con el derecho del justiciable a dicho proceso, porque, como afirmo CALAMANDREI, el proceso en los pueblos modernos, es un proceso sobre la acción, ya que el tribunal solo considera la realidad que le presenta la parte, de forma que va a resolverse sobre una cuestión tal y como se ha pedido, configurándose ese planteamiento como un derecho constitucional, que es el derecho a la tutela judicial efectiva, que se instrumenta desde luego a través del proceso jurisdiccional.

Resulta evidente que si todas las disciplinas jurídicas que versan sobre el *derecho positivo* ofrecen una *faceta técnico práctica*, concerniente a la operatividad de las normas con los fines de su aplicación, el derecho procesal que tiene como presupuesto ineludible la realización judicial del derecho, ha de inclinarse más que ninguna otra rama jurídica del lado del empirismo. Tampoco debemos olvidar que el impulso generador de lo que es actualmente el derecho procesal se produjo en una época en la que primaba el método atemperado con ciertas correcciones realistas, lo cual evidentemente

te acarrea secuelas de tipo metodológico y de ahí que afirme el Prof. GUASP que el resultado del método del derecho procesal consiste, por lo tanto, esencialmente en la obtención de un régimen de proposiciones lógicas que dan a conocer la realidad del derecho Procesal.

7.-LA CIENCIA FORENSE

Decíamos que en realidad el derecho procesal disciplina el diálogo de los particulares y sus representantes ante el juez. Personas en definitiva que hacen día a día, que los procesos judiciales funcionen bien o mal, ya que la eficacia depende de los condicionantes sociales del momento. La ciencia forense se ocupa del estudio de los aspectos que influyen en la aplicación a la realidad de las leyes procesales y desde un punto de vista sociológico.

En momentos de crisis es muy interesante mirar y examinar atentamente la realidad social, como método de acercarnos a soluciones, y no dar palos de ciego. A veces de nada sirve la reforma de la ley, y son precisamente las enseñanzas de la realidad las que nos demostrarían en un momento determinado la necesidad de cambiar costumbres y prácticas viciosas en la abogacía, o en los jueces²², o en la propia actitud de todos los miembros de la sociedad frente a la Admón. de Justicia.

La ciencia forense²³ proporciona un análisis empírico de problemas procesales, y son frecuentes los estudios desde este planteamiento²⁴.

²²A. ARADILLAS, en *Proceso a la Justicia Española*. Madrid. 1984, recoge la opinión de diversos juristas en orden a los problemas que aquejan a la Administración de Justicia, recogiendo datos de orden sociológico importantes para saber lo que ocurre en la realidad.

²³Ver GUASP. *Derecho Procesal y Ciencia Forense*. "E.D.Prp". 1969, pág. 827 y sig.

²⁴C. RIBA. *La eficacia del recurso de casación*. "Justicia". 1988, pág. 775 y sig. Realiza un examen estadístico del resultado de dicho recurso en los años 1978 a 86,

Cuando en ese examen de la práctica se comprueban datos que se presentan con toda nitidez de forma constante y uniforme, tenemos que sacar consecuencias definitivas de cara a los futuros planteamientos, pues sus enseñanzas son valiosísimas, como por ejemplo:

- La ineficacia de la conciliación
- La excesiva tendencia al recurso
- La litigiosidad sobre asuntos concretos
- La rareza de la responsabilidad judicial
- Practicas abusivas en subastas
- Excesivo numero de abogados
- Sociología peculiar del Ministerio Fiscal..etc..etc.

De estos datos se desprendería la necesidad de regular nuevamente y potenciar la conciliación, o el acceso a la abogacia, o la exigencia de responsabilidad judicial.

Si determinadas reformas que estaban aconsejadas por la doctrina y el derecho comparado han fracasado, antes de volver sobre el tema, la ciencia forense nos puede decir la razón del fallo y actuar en consecuencia. Así mismo indicará la bondad del sistema en lo que sea, y en definitiva lo que puede ser un buen camino a seguir.

del que pueden deducirse consecuencias importantes para su planteamiento y reforma.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

1.-RELACION

La relación de fuentes del Título Preliminar del Código civil es de aplicación a todo el ordenamiento jurídico. Señala la primacía de la ley, y entre ellas las de rango superior, de manera que la costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, quedando reservado para los principios generales de derecho un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, aplicándose en defecto de ley o de costumbre. La jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el TS, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

En derecho procesal existe una *prevalencia* legislativa derivada de las disposiciones de los arts. 1, 2, 3, 4 y 5 de la LOPJ, art. 1 de la LEC y art. 1 de la LECR que responden al mismo principio de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional ha de ajustarse a lo dispuesto en la ley, partiéndose de la Constitución que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos, pudiendo plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución (art. 5 LOPJ).

La *costumbre*, sólo podría considerarse en el caso de las "propter legem", concretadas en los usos forenses que desarrollan el sentido de la norma, pero en ningún caso los que constituyen corruptelas procesales. La reiterada práctica de pruebas ante los oficiales del Juzgado, sin la presencia judicial, nunca podría constituir norma válida, por sí misma.

Los *principios generales de derecho*, en cuanto informadores del sis-

tema son relevantes, en especial aquéllos que han sido recogidos por la Constitución, adquiriendo en consecuencia el rango de la misma, y su fuerza derogatoria frente a las leyes anteriores tal como indica la sentencia del TC de 2.2.81, y en este sentido nos encontramos con que pueden ostentar el carácter de fuente de derecho procesal de primer orden, como el principio "pro actione", el de audiencia y defensa, etc...

La *jurisprudencia*, sería una fuente complementaria, pero lo cierto es que presenta especiales características a las que después nos referiremos.

2.-LA CONSTITUCIÓN

Como hemos señalado la ley juega en el derecho procesal un papel de manifiesta preferencia. Son muchas las leyes que operan en su campo, comenzando por la Constitución.

LA CONSTITUCIÓN, es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos, según los preceptos y los principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5 LOPJ). Son numerosos los preceptos de la Constitución que contienen normas de carácter procesal (arts. 15, 17, 18, 20, 22, 24, 25, 26, 53, 55, 106, 117 a 127 ambos inclusive). No tienen una aplicación orientadora, sino directa y plena las normas constitucionales de reconocimiento y protección de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I, según se desprende del art. 7 de la LOPJ.

Su fuerza expansiva permite a los jueces y tribunales no aplicar normas de rango inferior a la ley, cuando sean contrarias a la Constitución (art. 6 LOPJ).

Ha tenido ocasión de señalar el T.S. que:

"El valor normativo inmediato y directo que ofrece la Constitución queda reflejado en los artículos 9 y 53, con expresa consignación de la sujeción a la misma por parte de los poderes públicos, entre ellos el judicial, regulación constitucional que ostenta el carácter de Derecho directamente aplicable, al alumbrarse dicha Carta Magna con vocación y voluntad de norma primaria y efectiva y no meramente programática. Comportando ello, al perseguirse la unidad en el ordenamiento, particularmente una unidad material de sentido, el ajustamiento de la labor interpretativa de la legalidad jurídica conforme a los principios y valores constitucionales, especialmente aquéllos conectados a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución". (S. 15 de septiembre de 1986)".

Contiene pues la Constitución una serie de normas de carácter eminentemente procesal de aplicación inmediata, e inspiradora de interpretaciones más adecuadas a la sensibilidad e ideología que contiene, y como derechos fundamentales pueden mencionarse los siguientes:

1. El libre acceso a los Tribunales.
2. El derecho a una resolución fundada.
3. El derecho a recurrir.
4. El derecho a que la resolución se cumpla o derecho a la ejecución.
5. Y la prohibición de indefensión, de expresa referencia en el 24.1. Además en el 24.2 de la Constitución en íntima relación en el proceso penal, comprende:
 1. Las garantías procesales en general.
 2. El derecho al juez ordinario.
 3. El derecho de defensa y asistencia de letrado.
 4. Información de la acusación.
 5. El derecho a un proceso público.
 6. Y sin dilaciones indebidas.
 7. Utilización de los medios de prueba pertinentes.
 8. Reconocimiento del principio "Nemo se detegere".
 9. La presunción de inocencia.

Y una buena prueba de la importancia que ha tenido la Constitución en el derecho procesal, es que casi todos los recursos de amparo que el TC ha tenido que resolver tratan temas de carácter procesal.

3.-LA LEGISLACIÓN ORGÁNICA

La legislación orgánica estuvo contenida durante más de un siglo en la "**Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial**" de 1870, que fue objeto de importantes reformas. La actual, **L.O 6/1985, de 1 de julio de 1985**, se compone de un título preliminar en el que se reproducen normas constitucionales sobre la organización judicial, de un libro primero, sobre la extensión y límites de la jurisdicción y planta de Tribunales, bajo el principio de unidad jurisdiccional, de un libro segundo sobre el gobierno del poder judicial, en régimen de autogobierno a través del Consejo General del Poder Judicial; en el libro tercero del régimen de los juzgados y tribunales, conteniéndose normas de carácter procesal; en el libro cuarto se contiene el estatuto profesional de los jueces y magistrados; en el quinto se menciona al MF, abogacía, policía judicial, y régimen disciplinario, para referirse en el sexto y último al personal de la Administración de Justicia.

Se trata de una legislación que ha entrado en vigor de forma parcial y sucesiva, dando lugar a situaciones de interinidad que en nada han favorecido la marcha del servicio, y no puede decirse que haya propiciado la formación y calidad del cuerpo judicial. Una jubilación masiva y anticipada de magistrados, y un acceso también masivo de nuevas generaciones que acceden a puestos de responsabilidad prematuramente no han contribuido a la mejora del servicio judicial.

La legislación orgánica en cuanto regula el régimen de las personas llamadas al ejercicio de la función jurisdiccional tiene el mayor interés; es de la mayor importancia, y de ella dependerá en primer grado, la eficacia de la Administración de Justicia; y no tanto respecto de la bondad de sus disposiciones, como de su efectividad. El art.

402 de esta ley dice que el Estado garantiza la independencia económica de los jueces y magistrados mediante retribución adecuada a la dignidad de la función. Si este precepto se hubiese cumplido no habría fracasado el sistema que introduce para la provisión de plazas judiciales, por el llamado "cuarto turno". Temas todos ellos de capital interés para la consecución del principal objetivo de que la Administración de Justicia funcione.

Fue modificada por la **LO 7/1988 de 28 de diciembre** creadora de los Juzgados de lo Penal, para adaptarse a la reforma de la misma fecha del enjuiciamiento penal, que introdujo para el procedimiento abreviado de conocimiento de delitos menores el sistema de separación de las funciones de instruir y fallar. La **ley 38/1988 de 28 de diciembre** vino por fin a dar cumplimiento a la LOPJ sobre **demarcación y planta de los Tribunales** ratificando el ámbito territorial de la jurisdicción de los distintos órganos de alcance autonómico, provincial y municipal, resultantes de las circunscripciones anteriormente determinadas a efectos político administrativos.

Fue posteriormente reformada entre otras, por **ley 14/1994 de 8 de noviembre** ocupándose fundamentalmente del acceso a la carrera judicial, y del régimen disciplinario de la misma; por **Ley 26/1998, de 13 de Julio**, sobre adaptación a la Jurisdicción Contenciosa-administrativa; por **Ley 2/1999, de 11 de enero**, sobre la creación de secciones de las Audiencias Provinciales fuera de la capital de provincia; por **L.O. 7/2000, de 22 de diciembre** con modificación de los arts. 65 y 96 sobre el Juzgado Central de Menores en relación con los delitos de terrorismo; por **L.O. 9/2000, de 22 de diciembre**, por la que se modifican algunos artículos sobre el ingreso y ascenso en la carrera judicial; por **L.O. 2/2001, de 28 de junio** sobre composición del Consejo General del Poder Judicial; por **L.O 6/2002 de 27 de junio** de partidos políticos, que viene añadir a las competencias de la sala especial del TS del art.61 de la LOPJ el conocimiento de los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos; por **L.O. 8/2002, de 24 de octubre** complementaria de la Ley 38/2002 de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de

determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que añade un segundo párrafo a la letra a) del art.87 en relación con las competencias de los Juzgados de Instrucción, y por **L.O. 9/2002, de 10 de diciembre** cuya Disposición adicional primera da nueva redacción al artículo 308 y la Disposición adicional segunda que añade la Disposición transitoria trigesima octava.

4.-LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL

A) Durante mas de un siglo estuvo constituida fundamentalmente por la **LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL de 3 de febrero de 1881**, que vino a ser una recopilación histórica de leyes de procedimiento.

Ha sido sustituida por la de la **LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000 de 7 de Enero**, la cual, según su propia exposición de motivos responde al propósito de realizar el necesario cambio de trayectoria para seguir avanzando en la construcción de una nueva justicia civil acorde a nuestros tiempos, bajo el anhelo de conseguir una verdadera efectividad en la protección procesal de los derechos e intereses privados de los ciudadanos tal como exige el art.24 de nuestro texto constitucional, que implique autentica plenitud de garantías procesales; de una respuesta judicial más pronta y con mejores sentencias; de medidas cautelares más asequibles y eficaces; de ejecución forzosa menos gravosa para sus promotores y un mayor éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos; con acercamiento de la justicia al justiciable puesto que a él debe ir dirigida, donde el proceso sea realmente un instrumento a su servicio. Para el cumplimiento de dichas finalidades, y en términos generales, las líneas de la reforma van dirigidas principalmente:

a) A una *ordenación sistemática de las materias*, tendiendo a recoger una regulación más completa, abordando asuntos y materias sobre las que la ley de 1881 poco o nada decía, excluyendo la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que se ha preferido que este

regulada en ley distinta junto con la regulación de la conciliación y sobre la declaración de herederos sin contienda judicial, y también que una ley específica se ocupe del Derecho concursal. Seguirán en consecuencia en vigor las correspondientes disposiciones de la Ley de 1881 sobre estas materias hasta la aprobación y vigencia de estas leyes.

b) *Aspira a ser Ley procesal común* con reconducción a la misma de los preceptos procesales dispersos en otros cuerpos legales.

c) A la *simplificación procedimental* que busca ser clara, sencilla y completa en función de la realidad de los litigios y de los derechos, facultades, deberes y cargas que corresponden a los tribunales, a los justiciables y a todos aquellos que han de colaborar en la administración de justicia, con nueva ordenación de los procesos declarativos, de los recursos, de la ejecución forzosa, y de las medidas cautelares, estableciéndose un nuevo sistema de ejecución provisional.

d) *Novedades en el régimen de los actos de comunicación.*

e) *Nueva regulación del régimen de la prueba* tendente a su unicidad, claridad y perfeccionamiento, incardinada entre las disposiciones generales de la actividad jurisdiccional declarativa.

B) Otras normas procesales civiles:

A pesar del intento de reconducir a la nueva LEC, los preceptos dispersos en otros cuerpos normativos de contenido fundamentalmente material o sustantivo, todavía se mantienen normas procesales civiles en:

- Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval (arts. 39 a 51).
- Código civil (arts.73 a 107 y 199 a 201)
- Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos.
- Ley de 8 de febrero de 1946, Hipotecaria (art.41 a 44, 68 a 86 y 126 a 135).
- Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (arts.139 a 145 y 234 a 236).

- Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (arts. 86 a 95).
- Ley 9/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal.
- Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos.
- L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil, en materia de tutela (D.A.).
- L.O. 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.
- Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (arts. 49 a 68, 74 a 78, 84 a 89, 96 Y 97, 145 A 158, D.T. y D.D.)
- Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (arts. 10 a 14, 62 a 71, 112 a 118, 123 a 142).
- R.D. 34/1988, de 21 de enero, regulador de los pagos, depósitos y consignaciones judiciales.
- Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (arts. 35 a 40 y 45 a 57).
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (arts. 25 a 32).
- Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.
- R.D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la L.S.A. (arts. 115 a 122).
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (arts. 18 a 21, 24 y D.T.)
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- R.D. 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.
- R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 103, 138 a 143, 147 a 151 y 158).
- Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

- Ley 28/1998, de 13 de julio, de ventas a plazos de bienes muebles.
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas (arts. 31, 37 y 52).

5.-LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

A) Contenida básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Tiene 998 artículos divididos en siete libros.

Su exposición de motivos es un texto de necesaria lectura para comprender los principios a que responde, y acercarse a su más exacta interpretación. Supuso para su tiempo un notable avance, aunque han tardado en imponerse algunos de sus postulados, como el de la valoración por el Tribunal de las pruebas, que debe fundarse sólo en las practicadas en el juicio.

Su texto ha sido objeto de numerosas **reformas**, algunas muy importantes como la de la ley de 8 de abril de 1967, que estableció el procedimiento de urgencia para determinados delitos, y que vino a modificar no sólo el panorama procedimental, sino el propio sistema de enjuiciar. La **L.O. 7/1988** reformó nuevamente el orden de proceder siguiéndose con un procedimiento más abreviado para los delitos menores, pero separando las funciones de juzgar y fallar.

La citada ley 10/1992 de 30 de abril también contiene reformas en el proceso penal a propósito del registro domiciliario, procedimiento abreviado, juicio de faltas y recurso de revisión, dando un resultado que no puede calificarse de progresivo²⁵.

²⁵ Ver. *Comentarios a la Reforma Procesal*, cit. pág. 14. Allí decíamos que:

Sin embargo en líneas generales creemos que supone un grave retroceso en el enjuiciamiento penal por el deterioro que significa para las garantías del justiciable y su adecuada defensa. Y decimos retroceso porque en el sistema que nuestra LECR nos proporcionó hace más de un siglo, optó por un sistema muy diferente basado en la instancia única, tribunal colegiado y recurso de casación unificador de doctrina. La instancia única resulta decisiva en el proceso penal porque las pruebas solamente se practican una vez y son fundamentalmente de carácter personal por lo que la audiencia directa de los interesados y testigos reviste el mayor interés, cuando se trata de

Son de mención entre otras las reformas operadas por **ley 21/1994, de 6 de julio**, que modifica el art. 338 sobre destrucción de droga decomisada; por **ley 22/1995, de 17 de julio**, sobre presencia judicial en registros domiciliarios (art. 569.4); la operada por la **L.O. 2/1998, de 15 de junio** (art. 790.1); por **ley 36/1998, de 10 de noviembre** (art. 14.1ª y 3ª); la **L.O. 5/99, de 13 de enero**, en materia de acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otros delitos; por la **Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero** (arts. 54, 56, 63, 68, 201 y 852); por **L.O. 2/2002 de 5 de julio**, que introduce el artículo 118 bis en relación con el derecho de defensa de los Diputados y Senadores en causas criminales seguidas frente a ellos, y por **Ley 38/2002, de 24 de octubre**, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

B) Existen además una serie de **leyes especiales y complementarias** entre las cuales destacan las siguientes:

1. Ley de 18 de junio de 1870, reguladora del Indulto.
2. Ley de 17 de enero de 1901, sobre Abono de Prisión Preventiva en las Causas Criminales.
3. Ley de 17 de marzo de 1908, sobre Condena Condicional. Real Decreto de 23 de marzo de 1908, que complementa la Ley sobre Condena Condicional.
4. Ley de 9 de febrero de 1912, sobre Competencia para conocer de las Causas contra Senadores y Diputados.
5. Decreto 1598/1972, de mayo, sobre Tramitación de Expedientes de Cancelación de Antecedentes Penales.
6. Orden de 19 de junio de 1974 por la que se regula el Servicio de

acercarse lo más posible a la realidad de los hechos; por eso debe de producirse en unidad de acto y ante un Tribunal con las máximas garantías constituido por tres Magistrados experimentados, porque una condena penal es un asunto muy grave. Asimismo es necesario que la doctrina sea uniforme y general para todos los Tribunales lo cual se consigue a través de la revisión que el Tribunal Supremo realiza en el recurso de casación.

Guardia en los Juzgados de Instrucción de Madrid y Barcelona.

7. Orden de 4 de octubre de 1984, sobre Prestación del Servicio de Guardia en los Juzgados de Instrucción de Madrid y Barcelona y de las Ciudades con más de 10 Juzgados de Instrucción.
8. Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre Conservación y Destino de las Piezas de Convicción.
9. Real Decreto 2988/1977, de 11 de noviembre, sobre Organización y Funcionamiento de los Decanatos Judiciales.
10. Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de la Policía.
11. Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
12. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
13. Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
14. Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
15. Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios.
16. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.
17. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto del Ministerio Fiscal.
18. Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la Legislación Vigente en materia de Contrabando y regula los Delitos e Infracciones Administrativas en la materia.
19. Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de "Habeas Corpus".
20. Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.
21. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
22. Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.
23. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
24. Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, en relación con los delitos de terrorismo.

25. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.
26. Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.
27. Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.
28. Ley Orgánica 2/2003 de 14 de marzo complementaria de la ley sobre la orden europea de detención y entrega.

6.-LA LEGISLACIÓN PROCESAL LABORAL

Se ocupa de regular el proceso laboral. Se trata de una legislación bastante moderna estando recogida en la **Ley de Bases de 12 de abril de 1989** que presenta el triple objeto de adecuar el proceso laboral a la nueva estructura judicial que la LOPJ y la Ley de Demarcación y Planta concreta y desarrolla, facilitar a los justiciables el disfrute de su derecho a recabar la tutela judicial efectiva, y ajustar la legislación procesal a los requerimientos provenientes de la legislación sustantiva, laboral y sindical.

Fue desarrollada por la **Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990** y sustituida por el **texto refundido aprobado por RDL 2/95, de 7 de abril**. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en su Disposición Final Undécima vino a modificar algunos de sus artículos.

7.-LA LEGISLACIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

Procede de la **ley de 27 de diciembre de 1956**, con diversas reformas posteriores, hasta llegar a la ley actual que es la **29/98, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa** y que tiene como finalidad controlar la legalidad de la actividad administrativa,

recogiendo los cambios operados por la Constitución de 1978, y teniendo presentes las orientaciones de la jurisprudencia del TC y del TS, así como la evolución de la doctrina en la materia, en aras a conseguir una mayor celeridad y eficacia del proceso administrativo, rama en la que se aprecia un retraso incompatible con los postulados más elementales de funcionamiento. Esta nueva legislación ha venido a derogar algunos artículos de la Ley 62/78, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. (Ver proceso Administrativo, pág.185)

8.- DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

El *derecho comunitario* y el contenido en los tratados internacionales, presenta su mayor importancia en el derecho sustantivo, con el derecho aplicable en relación con el fondo del asunto. Sin embargo también afecta al derecho procesal, en menor medida, y en especial:

- a) En materia de cooperación jurisdiccional internacional, como en traslado y entrega de personas superándose incluso los moldes clásicos de la extradición al crearse en el ámbito de la Unión Europea la denominada Orden europea de detención y entrega; comisiones rogatorias para la práctica de determinadas diligencias, comunicación de antecedentes penales y denuncias a efectos procesales, cooperación especial en represión de tráfico de drogas.
- b) Sobre competencia judicial internacional y ejecución de decisiones.
- c) Vinculación para España de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, regulado en el Tratado de Roma.
- d) Sobre protección de derechos fundamentales y libertades públicas. El art. 10.2 de la Constitución, exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España.

Sin ánimo exhasutivo, son de mención especial los siguientes:

I. En materia de Derechos fundamentales:

a) En el ámbito del Consejo de Europa:

1. El Convenio de 4 de noviembre de 1950, de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979.

b) En el seno de Naciones Unidas:

1. Pacto Internacional 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Instrumento 13 de abril de 1977.

2. Instrumento de Adhesión de 17 de enero de 1985, de España al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966.

II. En materia procesal penal:

a) En el ámbito del Consejo de Europa:

1. Convenio Europeo de Extradición, firmado en París, el 13 de diciembre de 1957, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982 y sus Protocolos Adicionales. (BOE 8 de junio)

2. Convenio Europeo de 20 de abril de 1959, ratificado por Instrumento 14 de julio de 1982 de Asistencia Judicial en materia Penal. (BOE 17 de septiembre) y Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978, ratificado por Instrumento de 27 de mayo de 1991 (BOE 22 de agosto).

3. Convenio Europeo núm. 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970, ratificado por Instrumento de 9 de agosto de 1994 (BOE 30 de marzo 1996).

4. Convenio Europeo de 15 de mayo de 1972 sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, ratificado por Instrumento de 24 de junio de 1988 (BOE de 10 de noviembre).

5. Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por Instrumento de 18 de febrero de 1985. (BOE 10 de junio).

6. Convenio Europeo de 27 de enero de 1977, sobre la Represión del Terrorismo, ratificado por Instrumento de 9 de mayo de 1980. (BOE 8 de octubre).

b) En el ámbito de la Unión Europea:

1. El Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 21 de marzo de 1995.

2. El Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996.

c) En el espacio jurídico especial creado por los pactos de Schengen:

1. Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, ratificado por España por instrumento (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994) en materia de supresión de fronteras y controles de personas, lucha contra estupefacientes y asistencia judicial internacional.

III. En materia procesal civil y mercantil:

a) En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

1. Convenio de la Haya de 1 de marzo de 1954, sobre procedimiento civil.

2. Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.

3. Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.

4. Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia.

b) En el ámbito de la Unión Europea:

1. Reglamento (CE) Num. 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en vigor desde 1 de marzo de 2002) que sustituye al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, todavía en vigor en las relaciones entre

Dinamarca y los Estados miembros.

2. Reglamento (CE) Núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (en vigor desde el 1 de marzo de 2002) que sustituye al Convenio de Bruselas II, de 28 de mayo de 1998.

3. Reglamento (CE) Núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (en vigor desde el 31 de mayo de 2001).

4. Reglamento (CE) Núm. 1206, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (en vigor desde el 1 de julio de 2001).

5. Reglamento (CE) Núm. 743/2002, del Consejo, de 25 de abril de 2002, por el que se establece un marco general comunitario de actividades con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia civil (en vigor desde el 1 de mayo de 2002).

6. Reglamento (CE) Núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. (en vigor desde el 31 de mayo de 2002).

9.-LA JURISPRUDENCIA

En el sistema jurídico español la *jurisprudencia* ha ostentado un carácter complejo en su tratamiento como fuente de derecho. Desde un punto de vista de derecho positivo no tenía ni tiene la calidad de fuente en sentido propio y directo. El art. 6 del código civil en su redacción original mantenía un absoluto silencio sobre la jurisprudencia, a pesar de lo cual un buen número de autores se manifestaban en pro de su consideración como auténtica fuente jurídica. El actual art. 1 del código civil en su punto 6 declara: "*La jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la*

costumbre y los principios generales de derecho". La reforma de 17 de marzo de 1973, no introdujo novedades en la materia, sino que exclusivamente ha venido a reflejar el valor real de la jurisprudencia, que desempeña un importante papel en la declaración del derecho con eficacia subordinada a la ley. E incluso se ha considerado que el juez, el Tribunal, viene a ser un legislador de segundo grado; al igual que el legislador se constituyó en principio en un juez anticipado sobre la base de un esquema genérico de presupuestos, la sentencia judicial proclama lo que es la ley en hipótesis concreta según sus coordenadas de espacio y tiempo; de ahí el Juez constituido en legislador viviente, en vocero autorizado del mismo.

Y que no se objete la carencia de efectos vinculantes de la doctrina jurisprudencial, porque es común el sentir de su valor inestimable para conocer el derecho tal como es realmente vivido, las directrices interpretativas a que se le sujeta, portadoras de una cualificada fuerza moral, cuando no de una fuerza de vinculación práctica a través del instituto de la casación²⁶. Por ello a la jurisprudencia se la reconoce su significación de fuente complementaria de la ley²⁷, e incluso, de fuente de producción jurídica²⁸.

Se afirma²⁹ que la autoridad que se aprecia en la jurisprudencia se traduce en su consideración como fuente de derecho porque este concepto permite reconocer su no bien definida labor creadora; sin embargo, esta función se considera subordinada a la propiamente creadora de las fuentes formales.

Pongamos un ejemplo. El demandado al contestar a la demanda en lugar de pedir pura y simplemente, la absolución de los pedimentos

²⁶ SOTO NIETO. *Valor de la Jurisprudencia como fuente del Derecho. Correcta invocación de la Jurisprudencia*. "Revista Jurídica de Cataluña", enero-marzo 1968, pág. 62.

²⁷ LALAGUNA. *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*. Pamplona. 1969, pág. 141.

²⁸ Así VILLAR PALASI. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid. 1972, pág. 374.

²⁹ LALAGUNA. *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*. Trab. pág. 151.

de la misma, solicita la declaración de nulidad, de una escritura de compraventa presentada por el actor. Con esto está introduciendo en el proceso ya iniciado una nueva pretensión frente al actor, está formulando reconvencción. La jurisprudencia así lo estableció. Y aunque ninguna ley lo decía, se consideró reconvencción toda petición del demandado distinta de la absolución de la demanda.

Muchas de las instituciones procesales de las cuales hoy nos enorgullecemos han sido hallazgos jurisprudenciales³⁰ y cada día se abre a su tarea creadora nuevos horizontes que interesan las exigencias sociales o las propias reformas legales³¹.

Puede decirse que la labor de la jurisprudencia es ingente y constante, adaptando la interpretación jurídica a cada momento histórico, saliendo al paso de cada necesidad, y resolviendo a veces con imaginación y buen criterio exigencias del momento³².

A la vista de ello no podemos afirmar con la doctrina tradicional que la jurisprudencia no es fuente de derecho procesal. No es, desde

³⁰ Ver RAMOS MÉNDEZ. *El mito de Sisifo y la ciencia procesal*. "Justicia" 88, pág. 267.

³¹ Ante todo, es preciso señalar que en la actualidad y ante la problemática que plantean las nuevas orientaciones en materia de nulidad y subsanación de actos procesales, dice ALMAGRO, que corresponde a la jurisprudencia la tarea de determinar las posibilidades de subsanación de los actos procesales fuera de los casos previstos. *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid. 1985, pág. 579.

³² Decíamos en nuestro trabajo sobre la *Legitimación colectiva* del art. 7 de la LOPJ. "Justicia" 86, pág. 552, que:

"La primera manifestación la tenemos en la doctrina jurisprudencial, que dejando a un lado el clásico formalismo subjetivista, admite la posibilidad de que un comunero actúe en beneficio de la comunidad.

Después hemos ido contemplando cómo en supuestos de sociedades irregulares, sin personalidad, se desvió la capacidad para actuar a los intervinientes, e incluso por razones de seguridad en el tráfico jurídico, anticipa a efectos procesales, la capacidad de obrar de las entidades en constitución (S. T.S. Sala 1ª de 3 de enero de 1960), por una ficción similar a la del nasciturus.

luego, fuente directa. Pero sí lo es indirecta, en defecto de ley expresada, completando la misma. Pensamos que no está muy lejos de la

Las normas del Código Civil sobre gestión comunitaria se han forzado muchas veces, para poder alcanzarse un resultado justo, y uno de los supuestos más claros lo tenemos en la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 28 de junio de 1973, acudiéndose a sus reglas en ausencia de constitución de comunidad en régimen de propiedad horizontal.

La sentencia, también del T.S., de 30 de abril de 1983, admite la representación de los gestores de un grupo mercantil, sin personalidad, forzándose el art. 120 del C.co. Y quizás la más significativa sea la de la Sala 1ª de 8 de febrero de 1980, que contempla el caso de una agrupación de almacenistas, que no llegó a construir entidad jurídica propia, y demanda a uno de ellos en reclamación de aportaciones, que a su vez formuló reconvencción pidiendo cuentas. En la instancia se dictó fallo absolutorio de la demanda principal y reconvencción, basado en que aquella agrupación carecía de legitimación, y no se entró en el examen del fondo. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, estima que la existencia de unos representantes, hace pensar en la existencia de un mandato, que el demandado aprobó y ratificó en su beneficio, por lo que dicho grupo envolvía relaciones, no de ente social, sino de mandato indirecto o simplemente económico, y señala cómo los "grupos" sin personalidad independiente, y sin regulación en nuestro derecho, merecían ya la atención de la doctrina procesalista, concediéndoles para actuar en la vida negocial, personalidad en virtud del consentimiento tácito de los componentes, cuya constitución como parte, tiene que apoyarse en principios de comunidad, mandato directo, gestión de negocios ajenos sin mandato, o acuerdos internos de los propios interesados.

Representa, a nuestro juicio, una muestra del deseo de ajustar el derecho a esos imperativos sociales, para evitar la indefensión, porque la vida cotidiana nos presenta colectivos que surgen incluso espontáneamente, para subvenir a necesidades muy concretas, algunas veces de gran magnitud y nos viene en este sentido a la memoria la de los afectados por el síndrome tóxico del aceite de colza, accionistas de Rumasa, perjudicados en el asunto Sofico, etc., y otros de menos entidad, como los vecinos perjudicados por una infracción urbanística.

Todos ellos exigen y merecen atención, y el derecho tiene la obligación de otorgársela, eliminando todos los obstáculos que puedan impedirlo.

Son manifestaciones del fenómeno creativo del derecho, a través del ejercicio jurisdiccional, aplicando métodos interpretativos que proporciona la cultura jurídico-social del momento. Es una muestra de la dimensión sociológica del proceso, porque a los tribunales se les impone la difícil tarea de la interpretación, eligiendo entre las posibilidades que el derecho ofrece en la protección de los intereses individuales y de grupos, escogiendo las normas o principios que tutelen el interés general".

realidad la posición del profesor GUASP³³ cuando afirma que el problema del valor y naturaleza de la jurisprudencia en el derecho procesal tiene que resolverse en términos parecidos al de la costumbre en general, aunque aparezca con matices peculiares que la propia jurisprudencia ha creado.

Cuando la jurisprudencia, va en favor de ley o la completa es fuente, y por eso es indirecta. Sostener lo contrario es vivir de espaldas a la realidad. Y pensamos que va siendo hora de revisar moldes y axiomas que no concuerdan bien con el mundo en que nos desenvolvemos. Si concebimos la jurisdicción como un concepto fundamental de la disciplina, y la jurisdicción como determinación del derecho al caso concreto, en cuya función se comprende tanto la determinación como la creación jurídica, esta creación jurídica que se manifiesta de forma insistente y continuada en un determinado sentido, puede ser fuente del derecho procesal. Negarlo es atentar contra el contenido jurisdiccional. Es aceptar una configuración de nuestra disciplina, y rechazar sus consecuencias.

Se trataría de una fuente de derecho si no en sentido formal sí en sentido sociológico. La cotidiana realidad nos muestra al jurista rodeado de colecciones de jurisprudencia, a las que acude sin cesar buscando un "precedente", en un trabajo que nos recuerda sistemas jurídicos eminentemente judicialistas.

Por si ello no fuera suficiente el TC, ha señalado la obligación de los tribunales de seguir sus propios "precedentes" soluciones o interpretaciones que hayan surgido en casos análogos. Dice la sentencia 29.10.86 que ante la imposibilidad política y jurídica de que unos jueces sigan los precedentes establecidos por otros en casos análogos, lleva a considerar separadamente el conjunto de decisiones adoptadas por cada órgano judicial, de manera que la exigen-

cia de igualdad en la aplicación de la ley opera sólo dentro de cada uno de estos con juntos³⁴.

Es, efectivamente, una consecuencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley, pero que en definitiva nos lleva a valorar la doctrina no ya del TS, sino la de los tribunales en general³⁵.

La fijación jurisprudencial de criterios interpretativos por parte de los tribunales superiores al unificar la correspondiente a supuestos de hecho susceptibles de repetirse, propicia también soluciones extrajudiciales a partir del establecimiento y conocimiento de criterios de solución. Este es el importante sentido que se destaca en la sentencia del TC de 3.7.85³⁶.

³⁴"Lo que impone el principio de igualdad en la aplicación de la ley es que la diferencia de tratamiento en situaciones similares no es arbitraria, sino que resulte justificada por un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, reduciéndose la intervención del TC mediante el amparo a constatar la existencia del mismo. Esta comprobación podrá resultar de la expresa mención que el juzgador lleve a cabo de sus precedentes y su apartamiento de ellos, pero será la existencia misma del cambio de criterio, y no sólo su manifestación externa, el factor a tener en cuenta para excluir la violación del principio de igualdad. Por ello, será posible esa exclusión, aun sin motivación expresa, si resulta patente que la diferencia de trato se deriva de una variación en la interpretación de la ley fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes, de forma que la resolución dictada no aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriormente resueltos (Cfr. TC S. 22 abril 1987) y para ello debe considerarse como determinante que la decisión adoptada lo sea como solución de casos semejantes en el futuro (Cfr. TC A 25 septiembre 1985)". (STC 25.5.87).

³⁵"Es cierto que en casos límites una desviación arbitraria por parte de un Juez de las tesis mantenidas por una jurisprudencia muy consolidada y sin razonamiento alguno pudiera en sí misma aun faltando el elemento de comparación con un precedente suyo, llegar a construir una violación del derecho a la tutela judicial". (STC 14.5.87).

³⁶"Pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior; de otro, propiciar las soluciones extrajudiciales de un número elevado de conflictos a partir del establecimiento de unos criterios de interpretación de la legalidad susceptibles de predicar su eficacia más allá de la que pudiera derivarse en estricta aplicación de la relación procesal instituida, sien-

³³GUASP. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. 1961, pág. 54.

Y como fuente de conocimiento, el estudio de la jurisprudencia de forma consistente y ordenada, se viene considerando como fundamental, en especial para aquellas personas que no han tenido acceso al ejercicio profesional, y con el fin de acercarlos a la realidad, a la vida cotidiana, y al problema concreto, porque a su servicio está el derecho, y por eso se puede afirmar que el jurista no se forma completamente a través de los estudios doctrinales, el derecho se aprende también en la clínica humana, en las conversaciones con los litigantes, en los escritos forenses, en los contratos, en los testamentos, en los desatinos, en los conflictos, en la lucha de intereses, en las miserias de las pasiones. Esta es una importante biblioteca de derecho, y para conocerle es preciso frecuentarlo³⁷.

10.-LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 5 de la LOPJ dispone que las leyes y los reglamentos se interpreten conforme a los principios constitucionales y doctrina que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos.

do éstos los fines perseguidos al excepcionar la regla de la irrecurribilidad de las resoluciones judiciales que resuelven asuntos de cuantía reducida, la alegación y prueba de que la cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores tiende a preservar el carácter excepcional de esta vía de impugnación, cumpliendo una función garantizadora de la seriedad del recurso interpuesto; por lo que la consideración de los requisitos de procedibilidad establecidos en el art. 76.3 de la LPL como condición de admisibilidad del recurso de suplicación no constituye, por consiguiente, un desmesurado formalismo que obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los medios de impugnación, pues sólo impone una carga moderada, que es además proporcionada a los fines buscados por el legislador al regular el sistema de recursos en la jurisdicción laboral, por lo que los problemas que pueden surgir, como en el presente caso, de la aplicación y alcance del art. 76.3 de la LPL pueden resolverse, por tanto, sin cuestionar su constitucionalidad".

³⁷ Ver Antonio Maura, *Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid. 1954, pág.166.

Su indudable trascendencia, ha llevado a un sector doctrinal a considerar que el juez se encuentra con una pirámide normativa en la que ya no ocupa la ley el escalón superior, porque por encima del texto legal puede situarse la interpretación que de él haga el Tribunal Constitucional mediante su doctrina³⁸ y las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente de derecho; la ley como fuente privilegiada comparte este puesto con la decisión judicial y el sistema basado en la ley se transforma en "case law"³⁹ pudiendo incluso desplazar a la propia ley, cuando es declarada inconstitucional.

El enfoque más adecuado, podría quizás recibirse de la propia significación del TC como defensor de la Constitución que es la primera de las leyes, y al estar por encima de las demás, la interpretación que de ella haga el TC estará a la misma altura.

Pero como el TC en sus resoluciones nunca debe descender al contenido propio de la decisión jurisdiccional de decir el derecho para cada caso concreto, la depuración y control jurídico que ejerce es limitado al campo de los derechos constitucionales, y sólo corresponde en los demás casos al TS como "tribunal superior" revisar las sentencias de la instancia⁴⁰ extremo que impide considerar a las sentencias del TC vehículo idóneo para acercarnos al sistema básico de sistemas jurídicos anglosajones, a un derecho judicial cuya regla primera es el precedente⁴¹ por la elemental razón de que la doctrina del TC

³⁸ LÓPEZ GUERRA. *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*, en "El Tribunal Constitucional". Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1981, V. II, pág. 1438.

³⁹ RUBIO LLORENTE. *Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*. "R.E. Der. Cons." núm. 4. 1982, pág. 54.

⁴⁰ La Sala 2ª del TS es el "tribunal superior" en la vía criminal que ha de revisar las sentencias de instancia, dice la STC de 8.10.85.

⁴¹ V. FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA. *Derecho judicial y Justicia Constitucional*. Madrid. 1985, pág. 162.

siempre comprendería muy pocos precedentes, al no descender al pormenorizado "ius dicere". Pero, es evidente, que las resoluciones del mismo en el contenido que le es propio, tienen la más importante de las significaciones, y es obligada su referencia.

Y al no entrar a conocer y decidir sobre el problema de fondo, versa su doctrina casi siempre sobre temas procesales relativos a los principios de este orden que han sido constitucionalizados, algunos concretamente, como el de defensa o audiencia de parte, otros comprendidos en ese tan amplio de la tutela judicial efectiva, de forma que a juicio de algunos no sería erróneo catalogarla como doctrina procesal (SAINZ DE ROBLES). Efectivamente es doctrina procesal en cuanto se refiere a temas genuinamente procesales, que además están marcando una evolución en multitud de cuestiones, a propósito de la resolución de recursos de amparo frente a resoluciones, que exige la previa tramitación de un proceso con todas sus instancias y recursos, agotándose las posibilidades procesales, que son examinadas al objeto de comprobar si se ha conculcado algún derecho fundamental.

Por eso su invocación es usual en escritos e informes forenses y por supuesto en las sentencias judiciales.

En otros casos, cuando declara la inconstitucionalidad de un determinado precepto, su protagonismo es fundamental. Alcance histórico ha de tener la sentencia de 12 de julio de 1988 (núm. 145) declarando la nulidad del párrafo segundo del art. 2 de la LO 10/80 de 11 de noviembre en orden a la recusación del juez instructor, para fallar la causa, por la posibilidad de afectar a su imparcialidad, tal como reiteradamente se ha venido denunciando⁴² y que ha de suponer una modificación del orden procesal penal, cuyo origen reside en esa sentencia⁴³.

⁴² GÓMEZ DE LIAÑO. *El Proceso Penal*. Oviedo. 1987, págs. 22 y 23.

⁴³ Por su importancia recogemos seguidamente la doctrina de la referida sentencia: "Resueltas así las objeciones previas a la admisión de las cuestiones aquí examinadas es preciso entrar en el fondo de estas últimas. Las cuestiones se refieren, en pri-

11.-LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES

Ha de partirse de las reglas del art. 3 y 4 del Código civil de aplicación general a todo el ordenamiento jurídico, que nos remiten al sentido propio de las palabras (interpretación literal) en relación con su contexto (interpretación sistemática) con los antecedentes históricos

mer término, a la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, y, más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que "en ningún caso" será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art. 54.12 de la LECr. consistente en haber sido el citado Juez "instructor de la causa". Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la LECr, en la que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: la sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema. Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a "un juicio público... con todas las garantías", garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran en las leyes. La recogida en el citado art. 54.12 de la LECr. busca preservar la llamada imparcialidad "objetiva", es decir, aquélla cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la LECr.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables pueden provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones en favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso

y legislativos (interpretación histórica) y la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas (interpretación sociológica) atendiendo fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquéllas (interpretación teleológica).

aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso "De Cubber", de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso "Piersack", de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de "un proceso público" que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y perjuicios existan. Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída "por un Tribunal independiente e imparcial". Pues bien, en su citada Sentencia "De Cubber", el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del Convenio. De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24.2 de la Constitución. No es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción) de las causas sometidas por dicha Ley a los Jueces de Instrucción del

ROCCO sostenía la necesidad de establecer reglas propias de interpretación para el derecho procesal, teniendo en cuenta su especial naturaleza y contenido. Estas exigencias determinan, desde luego, especialidades, como veremos.

partido en que el delito se haya cometido, sobre todo si se tiene en cuenta que existen partidos judiciales en que hay más de un Juez de Instrucción, por lo que la abstención o recusación cuando proceda del Juez que haya instruido no impide la actuación de otro Juez del mismo partido como juzgador.

Con la conclusión anterior queda resuelta la cuestión núm. 1421/87, promovida por el Juzgado núm. 2 de Palma de Mallorca, pues el único precepto legal que en ella se cuestiona es el art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980. No ocurre lo mismo con la cuestión núm. 1344/87, suscitada por el Juzgado núm. 9 de Madrid que, como se ha señalado, presenta ante este Tribunal un problema de mayor alcance. En efecto, el Juez proponente considera inconstitucional no sólo el art. 2 tantas veces aludido, sino toda la Ley Orgánica 10/1980, porque a su juicio, la inconstitucionalidad de la confusión entre las funciones instructora y juzgadora inficiona, por así decirlo, toda la Ley citada. Frente a esta opinión tanto el Fiscal como el Letrado del Estado se esfuerzan en demostrar que en la Ley 10/1980, no se prevé una instrucción propiamente dicha sino ciertas actividades previas al juicio oral que no son causa suficiente para provocar un prejuicio en el Juez a la hora de sentenciar. Por ello entienden que no es aplicable al procedimiento previsto en esta Ley la doctrina del citado caso "De Cubber" del TEDH pues en éste se trataba de un Juez que había realizado como Instructor una labor larga durante la cual habría emitido diversos informes y en un sistema en que la instrucción está regida plenamente por el principio inquisitivo. La Ley Orgánica 10/1980, no prevé, por el contrario, más que algunas diligencias, y el principio inquisitivo no rige en su integridad para la fase sumarial. De estos razonamientos resulta que, en efecto, el caso "De Cubber" presenta diferencias apreciables con la situación que plantea la aplicación de la Ley Orgánica 10/1980, pero de ello no pueden deducirse excesivas consecuencias. El caso "De Cubber" surgió en aplicación de las reglas del procedimiento belga son muy inferiores en trascendencia a las que permite la Ley española. Por ejemplo, el Juez Instructor belga no decide sobre la libertad o la prisión del acusado. No se olvide también que en el caso "De Cubber" se trataba de la incorporación del Juez Instructor a un Tribunal colegiado, por lo que su influencia podría no ser decisiva y en la Ley española el Juez juzgador es único por lo que sobre él recae toda la responsabilidad de la decisión. En suma, del caso "De Cubber" lo que nos interesa es el principio de que no puedan acumularse las funciones instructora y juzgadora. La aplicación de ese principio habrá de hacerse teniendo en cuenta las peculiaridades de nuestro Derecho contemplando en su conjunto y no en algún aspecto aislado.

La primera observación a formular es que en la Ley se haya creído necesario intro-

La equidad, habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales, sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella, cuando la ley expresamente lo permita. Para que proceda la aplicación analógica es necesaria la presencia de dos requisitos:

ducir la imposibilidad de recusar o de abstenerse "en todo caso" por la causa tantas veces citada, pues si el Juez en el procedimiento regulado por dicha Ley no es Instructor, es evidente que no podría juzgar nunca el motivo de la recusación contenido en el art. 54.12 de la LECr. Pero esta observación no hace superfluo el examen de qué debe entenderse por instrucción a los efectos que ahora interesan para considerar seguidamente si se da o puede darse tal instrucción en la Ley cuestionada. Dado que la forma típica que adopta la instrucción en nuestro Derecho en el sumario puede definirse la instrucción, de acuerdo con el art. 299 de la LECr., como "las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Instructor de una causa, será por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación. Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora. Por ello es cierto que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12 de la LECr. Basta recordar que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los Autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio las prácticas de nuevas diligencias al conocer del Auto de conclusión del sumario (art. 631 de la LECr). Es, como se ha dicho, la investigación directa, como se da en los casos citados o en otros en que podía pensarse lo que forma el núcleo esencial de una instrucción. Sentado esto, se advierte en primer término que la Ley Orgánica 10/1980 no prevé en el procedimiento por ella establecido una fase expresa de instrucción e incluso en el debate parlamentario correspondiente se dijo que se trataba de un proceso "sin instrucción". Mas del examen de su artículo se desprende que se asignan al Juez actuaciones que en algunas ocasiones pueden calificarse de instructoras y que no son simplemente unas primeras diligencias que no suponen dirigir el procedimiento contra nadie, como ocurre, por ejemplo, en el caso previsto en el art. 303 de la LECr. en el que la circular del Ministerio Fiscal

a) Que el supuesto específico no aparezca contemplado.

b) Regulación de otro semejante con el que se aprecie identidad de razón.

de 10 de abril de 1911, entendió que el Juez que realizaba las diligencias previstas en dicho precepto no asumía funciones de Instructor. En efecto, aunque quizá para salvar la dificultad que supone la intervención del Juez en la fase anterior al juicio oral, la Ley cuestionada, en su art. 3.1 encomienda a la policía judicial con un cierto carácter autónomo la realización de los actos de investigación pertinentes con arreglo a la LECr. lo cierto es que el Juez no queda desvinculado de la investigación. Además los actos estrictamente de comunicación y ordenación procesal para dar al procedimiento la substanciación que corresponda (art. 5.1 y 2) y de otros como los previstos en los arts. 3.2 (aportación de las certificaciones de antecedentes penales) y 9 (acreditación de la sanidad del lesionado), que pueden considerarse ajenos a la investigación y no integrantes de una actividad instructora, la Ley encarga al Juez otras actuaciones. Así, el Juez, que debe oír la declaración del detenido, puede realizar en ocasiones un verdadero interrogatorio, lo que implica el riesgo de provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia. Debe decidir también sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los arts. 503 y 504 de la LECr., es decir, sobre la prisión provisional del detenido (art. 5.1 de la Ley Orgánica 10/1980). Esta última decisión exige del Juez, por regla general una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues, para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos "que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de prisión" (art. 503.3 de la LECr). Otras actuaciones que la Ley Orgánica 10/1980 prevé como posibles pueden revestir también carácter de instructoras. Así, el deber de resolver el Juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 3.3 de la Ley Orgánica 10/1980), lo cual supone que el Juez debe proceder a la comprobación del hecho denunciado (art. 269 de la LECr.) o a practicar las diligencias propuestas en la querrela, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de aquélla (art. 312 de la LECr.) o la celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral (art. 8 de la Ley Orgánica 10/1980). Por último, hay que señalar que el Juez conserva la dirección de esta fase preparatoria y puede no sólo acordar ex officio sino practicar él mismo cualquiera de los actos de investigación establecidos en la LECr. e instrumentar formalmente dicha actuación a través de las diligencias previas de los arts. 789 y siguientes de la misma Ley (arts. 3, 9, 5.2 y disposición final de la Ley Orgánica 10/1980).

Lo que se acaba de exponer no conduce, sin embargo, a la consecuencia de que sea la inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones instructora y juzgadora la que acarree la imposibilidad de aplicarla. Pueden darse casos, en efecto, en

La analogía en el derecho procesal tiene un contenido muy limitado. Habría que partir de su naturaleza. La generalidad de las normas procesales son rígidas, absolutas, y de interpretación restrictiva según ha declarado el TS⁴⁴ en las cuales no es posible encontrar

que en este procedimiento no se produzca una verdadera actividad instructora, en cuyo supuesto no habrá lugar a la abstención o la recusación. Pero aun en el caso de que el Juez haya realizado diligencias instructoras, al abstenerse o al ser aceptada su recusación, entrarán en juego los mecanismos de sustitución previstos legalmente (art. 55 de la LECr. y 227 de la LOPJ) como en los demás casos de abstención o recusación. No se oculta a este Tribunal que la obligada separación entre la función instructora y la juzgadora afecta a un principio organizativo del procedimiento regulado por la Ley Orgánica 10/1980 y que, en consecuencia, los efectos de la aplicación de la causa de abstención o recusación aquí examinada son más amplios y más complejos que los que se provocan por la aplicación de otras causas que sólo actúan muy esporádicamente. Ello conduce a que sea sin duda el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso.

Al no proceder la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Orgánica 10/1980 y al ser conciliable su validez con la declaración de inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 2 de dicha Ley, este Tribunal no puede pronunciarse sobre los demás extremos planteados en forma subsidiaria en la cuestión 1344/87. La presente Sentencia se limita, por tanto, a declarar la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del citado párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980 según el cual "en ningún caso les será de aplicación (a los Jueces que conozcan de las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica 10/1980) la causa de recusación prevista en el apartado 12 del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". En cuanto a los efectos de esta Sentencia conviene recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.2 de la LOTC, la presente Sentencia no permitirá revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, pues no está en juego una reducción de la pena o una reducción de la sanción administrativa o exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, únicos supuestos en que, según el citado artículo de la LOTC, la Sentencia tendría efectos sobre los procesos terminados por Sentencia firme".

⁴⁴ La STS de 12.11.28 "Por el carácter de derecho público que les corresponde y de garantía de los intereses controvertidos, las normas procesales requieren una interpretación rígidamente ajustada al texto de la ley, y que, en materia de competencia como de orden público, no cabe una interpretación extensiva, sino la restrictiva".

campo a la analogía, porque están previstas para aquellos casos concretos, y aplicadas sólo cuando el supuesto de hecho prevenido por la ley se cumpla, y nada más.

De todos los criterios de interpretación, se impone en el momento presente el finalista o teleológico, de forma que las leyes procesales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela solicitada, que es el objetivo fundamental de la función jurisdiccional, disponiendo el art. 11.3 de la LOPJ, que los Juzgados y Tribunales de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales, cuando el defecto fuese insubsanable, o no se subsanase por el procedimiento establecido en las leyes.

Es una línea que nos ha marcado el TC de forma muy clara, referida en especial a las normas de procedimiento que contienen formas, que desde luego cumplen un papel de capital importancia en la ordenación del proceso, pero no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para conseguir el fin fundamental de la sentencia de fondo. Debe, pues, rechazarse la hermenéutica formalista, tan arraigada en nuestro estilo forense, hábil en el manejo interesado de preceptos, en provecho particular, y detrimento general⁴⁵.

Uno de los principales efectos de la Constitución en el campo del derecho procesal se centra precisamente en la orientación principal que supone tener como norte el fin tutelar del proceso y en este sentido es de mención la sentencia del TC de 3 de julio de 1985, por expresiva, y constituir doctrina indiscutible que lamentablemente aún

⁴⁵ Sentencia del TC de 17.12.86 "La plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo exige que la interpretación de las normas procesales se inspire en el principio "pro actione", sino también que ese principio inspire su aplicación, de manera que las presunciones que como prueba de los hechos se establezcan, además de respetar la regla fijada en el art. 1253 del c.c. no cierren la vía para el ejercicio del derecho, cuando sin mengua del rigor lógico quepan otras alternativas".

no se ha asimilado. Dice que:

"Resulta repudiable todo formalismo enervante, así como la realización de interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras del proceso que supongan impedimentos definitivos para el conocimiento de las pretensiones o del recurso, si son contrarias al espíritu y finalidad de la norma procesal y a dicho artículo 24.1 de la C.E. que deben interpretarse en debida conexión para conseguir la finalidad por este último propuesta; por lo que toda interpretación debe efectuarse en el sentido más favorable para otorgar la efectividad del derecho constitucional referido, y, por lo tanto, marginando cualquier justificación meramente aparente, por irrazonable e injustificada, que cercene el derecho al proceso debido, pues el proceso debe poseer la amplitud necesaria para el examen y decisión de los derechos objeto del conflicto intersubjetivo de intereses". (STC 3.7.85).

Los preceptos procesales deben interpretarse a la luz de la Constitución, tema que es muy claro en su planteamiento, pero con dificultades en la práctica, porque tenemos todavía algunos excesivamente formalistas, más aun, con interpretaciones muy arraigadas, habiendo sido preciso en algún supuesto particular, como el recurso de casación, una decidida doctrina que acabase con los abusos históricos de un formalismo que tantos agravios originó a la causa de la Justicia⁴⁶.

⁴⁶Como este Tribunal ya ha señalado -Sentencias 57/1984, de 8 de marzo (R. T. Const. 57); 17/1985, de 9 de febrero (R. T. Const. 17); 60/1985, de 6 de mayo (R. T. Const. 60); 110/1985, de 8 de octubre (R. T. Const. 110) y 102/1986, de 16 de julio (R. T. Const. 102)-, la interpretación realizada por los Tribunales de los motivos de inadmisión del recurso de casación, pueden ser objeto de revisión por la vía del recurso de amparo, toda vez que los motivos deben ser cuidadosamente interpretados y aplicados, porque el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismo enervante contrario al espíritu y a la finalidad de las normas reguladoras del recurso de casación.

Es decir aunque hay que cumplir los presupuestos procesales que no pueden dejarse al arbitrio de las partes, no toda irregularidad meramente formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de forma que no es lo mismo un rigor formal justificado que un exceso de formalismo. Criterios orienta-

Prevalencia pues del elemento teleológico, porque habrá de estar-se al sentido y finalidad de la norma, que en determinadas ocasiones nos ha de llevar a la propia inaplicación, o a permitir la subsanación de defectos o irregularidades procesales, cuando no son determinantes de una nulidad, que a partir de la LOPJ de 1 de julio de 1985, se encuentra íntimamente unida al principio de audiencia y defensa, pues se requiere en el art. 238.3 que se prescinda total y absolutamente de las normas de procedimiento, con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, *siempre que efectivamente se haya producido indefensión*.

Y por supuesto toda duda debe resolverse en favor de la efectivi-

dores para distinguir uno y otro, son el de estabilidad y fuerza intrínseca de los hechos y, especialmente, el de proporcionalidad, que impone un tratamiento distinto para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

Esta doctrina general en materia de recursos, ha de ser aplicada con mayor exigencia a la casación penal si se tiene en cuenta que ésta cumple en nuestro ordenamiento, el papel de "Tribunal superior" que revisa las sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España (R. 1977, 893 y N. Dicc. 29530 bis) y que ha de ser tenido en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución, a efectos de la interpretación de los Derechos Fundamentales. De ahí, que como ha reconocido nuestra Sentencia 60/1985, de 6 de mayo, la casación penal cumple también la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido. Es cierto que la regulación actual de la casación penal, pese a las reformas de 1933 y 1949, cuyos objetivos han quedado ya muy superados, no está pensada para esta nueva función constitucionalmente impuesta, pero hasta que no se aborde legislativamente una reforma más profunda, habrá de obtenerse directamente de la Constitución misma y en concreto de su art. 24, todas las consecuencias posibles para interpretar esa regulación en función del derecho fundamental que aquel precepto consagra, y en el sentido más favorable para su eficacia -Sentencias 42/1982, de 5 de julio (R. T. Const. 42) y 76/1982, de 14 de diciembre (R. T. Const. 76)-, de forma que la privación sin fundamento jurídico suficiente del acceso al recurso en materia penal, es una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por parte de los Tribunales de este orden jurisdiccional, conculcación que habrá de ser reparada por este Tribunal Constitucional en los casos en que así se lo pida, a través de una demanda de amparo (Sentencia 60/1985, de 6 de mayo)".

dad de los derechos fundamentales⁴⁷. Como ejemplo significativo traemos a colación el supuesto recogido en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 23 de marzo de 1987 a propósito del art. 3 de la antigua LEC en relación con la exigencia del bastanteo de poderes, al que califica de formalismo con sola proyección económica y colegial, sua-

⁴⁷"Si la indefensión es el supuesto extremo de vulneración de este derecho, consagrado en el artículo 24, número 1, de la CE, no es preciso que se dé aquélla para que pueda reconocerse por este TC la violación del repetido derecho y, en consecuencia, estimarse el amparo solicitado. En este sentido, es de recordar que este TC ha reiterado que el artículo 24, número 1, de la CE no contiene sólo una prohibición respecto de la indefensión, sino también un contenido positivo en orden a la tutela efectiva, que ha de ser tenido en cuenta a la hora de aplicar el principio de interpretación de la legalidad ordinaria de conformidad con la Constitución y de interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental". (Sentencia núm. 19/1983, de 14 de marzo).

"La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad de aquel derecho fundamental (art. 24.1 CE), pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, mas teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales ni la disposición del tiempo en que han de cumplirse". (STC 28.11.85).

"Es esta interpretación, y consiguiente aplicación de la Ley, la que sí tiene trascendencia constitucional, porque de ella depende, según sea o no rigurosamente formal en cada caso, la posibilidad para la parte de ejercitar el derecho constitucionalmente reconocido (art. 24.1 CE). Si la interpretación del requisito procesal no se acomoda a la finalidad perseguida por el mismo, hasta el punto de que con ello desaparezca la proporcionalidad entre lo que el requisito dice y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación, con preferencia de su estricta literalidad, es claro que el derecho fundamental se verá restringido o anulado y con ello la posibilidad de su ejercicio, posibilidad, y en definitiva eficacia, que es lo que la C.E. propugna ("tutela efectiva", dice el art. 24.1), en el sentido de que todas las normas han de interpretarse en el sentido más favorable para la satisfacción del derecho". (STC 22.4.87).

vizando la severidad que parecía latir en dicho precepto⁴⁸, de hecho, en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se vino a suprimir, al haberse convertido desde hace tiempo en un trámite exclusivamente formal y carente de sentido.

⁴⁸"Que tiene declarado esta Sala en A 27 oct. 1982 que el bastanteo del poder, si tuvo su justificación pretérita, como puede verse en la L 3, Tít. 3, Libro II Novísima Recopilación ("porque acaece muchas veces que se hacen procesos baldíos por los que se dicen Procuradores de los actores o reos, que no lo son o no tienen poder bastante"), en la actualidad pierde prácticamente su razón de ser, para convertirse en un formalismo con sola significación económica y proyección colegial; lo que explica la suavización de la doctrina de esta Sala de la severidad que parece latir en la redacción del art. 3 LEC, entendiendo que se cumple la disposición normativa siempre que se asevera la suficiencia del poder en el escrito conteniendo las alegaciones o en el de personamiento, aunque la hoja no esté firmada (SS 29 enero 1960 y 28 diciembre 1962), y así como que si la doctrina científica no dejó de poner de relieve la conveniencia de un simple requisito formal, sin relación alguna con cualquier posible agravio a la parte recurrente ni generador de su indefensión, dar prevalencia en el presente a formalismos carentes de serio fundamento frente a un valor superior como es la realización de la justicia, vista del proceso, pugnaría con el principio constitucional, que proclama el derecho a obtener la tutela efectiva de los intereses legítimos". (STS 1ª 23.3.87).

III.

LA JURISDICCIÓN

1.-CONCEPTO Y CARACTERES

En nuestras relaciones de cada día, surgen problemas y conflictos cuya solución debe procurarse, superando la autotutela (acudiendo cada uno por su cuenta a las vías de hecho), propiciando la auto-composición (los interesados lo resuelven por sí mismos a través de la transacción o conciliación) y articulando de forma eficaz fórmulas heterocompositivas, en las que un tercero viene a decidir e imponer una solución, siendo sus manifestaciones fundamentales el arbitraje y el proceso judicial⁴⁹.

En el proceso judicial, las partes afectadas por el conflicto solicitan la tutela judicial, a través del cual, unos órganos imparciales e independientes, que constituyen el Poder Judicial, deciden y resuelven de forma irrevocable.

Y así, en primer lugar, la Jurisdicción dentro del proceso, se nos presenta como una actividad, la actividad o función típica de administrar justicia, y cuya esencia o contenido se concreta en terminos generales en: <<Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado>>.

Así mismo la Jurisdicción es una Potestad estatal, al encomendarse en exclusiva su ejercicio en todo tipo de procesos a uno de los poderes del Estado, en concreto al Poder Judicial, integrado por nuestros Juzgados y Tribunales, a su vez servidos por personal especializado (Jueces y Magistrados)(art.117 CE):

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados, integrantes del poder judicial..."(párrafo 1º)
"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamen-

⁴⁹ GIMENO SENDRA. *Introducción al Derecho Procesal*. De GIMENO, MORENO Y CORTÉS. Edi.Colex, Madrid, 1997, pág.27 y sig.

te a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes".(párrafo 3º).

Pero esto es, en realidad, el resultado de una larga evolución, que se inicia al comienzo de los tiempos, ya que los jueces nacen con el primer núcleo social, estando durante muchos siglos entroncado en el poder absoluto de monarcas y gobernantes. A partir de la Revolución Francesa, de la doctrina de la división de poderes de MONTESQUIEU⁵⁰, se abre camino la necesidad de separar el poder

⁵⁰ PEDRAZ PENALVA. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. E. Akal. Madrid. 1990, en la pág. 25 señala:

"De la doctrina de Montesquieu expuesta podríamos concluir a modo de resumen:

1) Que dicha doctrina no fue fruto de una mera elaboración teórica sino que apoyándose en una interpretación, en Ver muchos casos falseada, de la experiencia inglesa traduce una situación históricamente vigente, desde una personal apreciación de aristócrata y monárquico, aunque ilustrado y liberal.

2) Que no supone más que un punto de partida, esbozado ya anteriormente por autores como Locke, Sidney, Swift...; pero, desarrollado y estructurado por Montesquieu como vía de solución de la problemática planteada en su tiempo, con unas perspectivas de futuro, desde sus prejuicios estamentales. Con ello se pretende eludir inmediatamente la encrucijada revolucionaria que se planteaba, a través de la conformación de una vía que la encauzara y dirigiera, y suscitándose mediatamente la negación del Antiguo Régimen a través de la transformación de los poderes sociales integrados originariamente en la estructura estatal, mediante la renovación legal -parlamentaria- instauradora del individualismo jurídico liberal.

3) Que, por lo tanto, no hay base alguna en Montesquieu para pensar, "ni que el Estado se conservase invirtiendo el principio de división social y de unidad pública de poderes en el principio de unidad social y separación pública de ellos, y, menos aún, que este autor aceptase el acaso** permanente de su equilibrio".

4) Que el principio de la división de poderes está dirigido a asegurar la moderación y controlabilidad de todos los órganos de poder del Estado en íntima relación con el "principio de distribución", entendido por Carl Schmitt como el principio de la libertad individual, considerada como ilimitada y como dato anterior al Estado, susceptible de ser invadida exclusivamente por Ley. Apareciendo la ley como precepto general y abstracto, único instrumento a través del que el poder del Estado puede valerse para invadir o coartar la libertad del individuo. De aquí la primacía de futuro del legislativo en cuanto órgano único dotado del derecho de dictar leyes y el sometimiento del ejecutivo y judicial a las mismas; habida cuenta de que la ley era el resultado de la opinión de los más capaces, presentes en el Parlamento -elaborada partiendo de la

legislativo del ejecutivo y del judicial, evitándose la concentración en grupos dominantes, como base elemental para la defensa de la libertad y demás derechos fundamentales de la persona.

Se trata en definitiva de buscar un equilibrio entre las diferentes fuerzas sociales, de manera que ninguna predomine. El legislativo establece la legalidad a la que todos estamos sometidos, de manera que los particulares y la propia Administración han de aplicar aquella legalidad en el desarrollo normal de sus actividades, y la jurisdicción controla la aplicación que se hace de la misma. Por ello la jurisdicción exige la previa existencia de una legalidad cuyo mantenimiento y desarrollo es la base que legitima su función⁵¹ y su propia existencia.

En la doctrina de MONTESQUIEU se apreciaba un recelo hacia la actuación de los jueces, que era preciso someterlos a la disciplina de la ley para evitar arbitrariedades, y en todas las construcciones posteriores late el mismo problema, que trata de resolverse de manera diferente según las diferentes legislaciones.

Pero el problema reside en que la ley se formula en términos de generalidad, que el juez debe adaptar a cada caso concreto, con lo cual además de respetar las orientaciones y disposiciones dictadas por el legislativo, constituye o ha de constituir una posterior aportación⁵².

experiencia más general-, aceptada como tal y proclamada como ley.

La funcionalidad de la orgánica constitucional elaborada por Montesquieu, en favor de la libertad individual a través de la Ley, queda plasmada en lo que se llama "ejercicio moderado del poder político" que, en lo que supone de consideración de todos los intereses, implica la legitimidad del Parlamento verificada a través del carácter constitucionizador social y de la consideración del ejecutivo como realizador de la generalidad de la ley: en cuanto asegurador de su permanencia".

⁵¹ PEDRAZ. Ob. cit. pág. 53.

⁵² RAMOS MENDEZ. *El sistema procesal Español*. Edi.J.M.Bosch, Barcelona 2000,pag.119. Señala que: "Hay que señalar que la jurisdicción es tan sólo uno de los componentes del processus iudicii. Lo mismo que la acción de las partes, la juris-

En la evolución y perspectiva histórica de la jurisdicción nos encontramos con teorías de inspiración romana que fijan la idea central en la protección del derecho subjetivo (KISCH); en la tutela del ordenamiento jurídico en general (WACH); o en la resolución de conflictos (CARNELUTTI), para detenernos en la concepción finalista de IHE-RING, para el cual el derecho verdadero y auténtico no es el formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que vive de un modo real y se aplica en las sentencias y resoluciones, y cuyo fin es la protección de intereses concretos, al servicio de propósitos prácticos, para llegar a la solución jurídica que el juicio jurisdiccional proporciona, como respuesta a la exigencia social que la hizo surgir.

En este sentido la jurisdicción se configura como la actividad del órgano jurisdiccional, que es aquél que el Estado como titular del poder político, establece expresamente al efecto para el desarrollo de tal función, históricamente delegada en diversas autoridades que la ejercían conjuntamente con funciones de tipo administrativo.

La jurisdicción, según entiende SERRA DOMÍNGUEZ, constituye la verdadera piedra de toque de todas las teorías procesales, reflejándose en su estudio las diversas concepciones que se han formulado sobre la finalidad del derecho procesal. Pero la dificultad estriba en construir un concepto unitario, pues existen tantas concepciones

dicción es fundamentalmente actividad, en este caso del Juez. La actividad jurisdiccional es jurídica actuándose, esto es, en ejercicio, porque con ella gradualmente se crea el ius: el ejercicio de la jurisdicción es creación del derecho. La actividad jurídica del juez es fundamentalmente enjuiciamiento y se manifiesta tanto como decisión cuanto como ejecución. El juez procede jurídicamente enjuiciando y de esta esencial actividad suya proceden las diversas manifestaciones de la jurisdicción. Al actuar de esta manera la jurisdicción se hace proceso, por ello es también una actividad procesal. La jurisdicción es necesaria tanto para el sujeto, como para el proceso y en último extremo para el ordenamiento jurídico: para el sujeto, pues potencia y fecunda su acción en orden al derecho; para el proceso, porque deviene en gran parte de su esencia por medio de la actividad jurisdiccional; y, en fin, para el ordenamiento jurídico, que encuentra su voz en la persona del juez".

como autores se han ocupado del tema.

A la vista de tantos esfuerzos en disquisiciones de dudosa aplicación, nos vienen a la memoria aquellas observaciones de CALAMANDREI⁵³ sobre el excesivo conceptualismo, y su utilidad para que las sentencias de los jueces sean más justas, y sirvan a las exigencias de la sociedad.

Entendemos que lo que ha de destacarse de su verdadera significación, es la cita que parte de la expresión etimológica de la "iuris dictio", porque no es otra cosa que el decir el derecho para cada caso concreto, porque la norma nos indica unas líneas de conducta, porque se limita a establecer lo que está permitido o prohibido, correspondiendo a los jueces declarar si las actuaciones particulares, son o no conformes al ordenamiento jurídico, y en esto es en lo que consiste la función jurisdiccional.

Desde un punto de vista subjetivo, la jurisdicción, es un poder del Estado, que protege los derechos subjetivos de las personas resolviendo los conflictos sociales que se sometan a su consideración.

La teórica sumisión de la jurisdicción al poder legislativo, originó el planteamiento objetivista, y como tutela del ordenamiento objetivo aplicando las normas legales. Bajo esta orientación se insiste en la

⁵³ *Instituciones de Derecho Procesal*. Buenos Aires. 1962. Trad. de Sentis Melendo. Tomo I. Pág. 114.

"Del concepto de Jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos, para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la Administración de Justicia, sino también los métodos lógicos de juzgar, tienen un valor contingente que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico. Hoy, en las principales legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido en relación con el sistema de la legalidad; y el nuevo código quiere ser precisamente una reafirmación de la Jurisdicción como complemento y como instrumento de la legalidad".

idea de jurisdicción, como actuación del derecho promulgado por el Estado, aplicándolo a los supuestos de hecho concretos, llegándose a hablar de la jurisdicción como sustitución de la voluntad de la ley, por parte del titular de la jurisdicción. En este sentido CHIOVENDA indica que "es la función del Estado que tiene por fin la actuación concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea el hacerla prácticamente efectiva".

Por autores de diversas tendencias, se ha venido apuntando como nota fundamental, la determinación y creación del derecho, muy acorde con su significado etimológico de "decir el derecho", y en base a que su manifestación principal que es la sentencia judicial, contiene un enjuiciamiento que desemboca en la creación del derecho. Las raíces de esta orientación las encontramos en la filosofía del derecho.

Para KELSEN, al igual que el legislador sujeto a la Constitución crea la ley, el juez sujeto a la ley crea el derecho del caso concreto en la sentencia, y RECASENS SICHES, llega a indicar que las verdaderas normas jurídicas son las individualizadas, y éstas sólo se dan en las decisiones jurisdiccionales, que son más derecho que las normas generales, puesto que aportan algo no contenido en éstas.

Evidentemente la jurisdicción tiene un contenido dinámico, y el juez al dictar sentencia, completa el orden jurídico, está creando derecho en el supuesto sometido a su conocimiento, sin que ello suponga un desconocimiento del imperio general de la ley, ya que la función judicial creadora está limitada por la norma previa, que en todo caso debe ser respetada.

Creemos que son **notas o caracteres individualizadores** de la jurisdicción los siguientes:

1. *La preexistencia de un conflicto* o situación de hecho con trascendencia jurídica, insegura y perjudicial al interés público o privado, que

no tiene por qué afectar necesariamente a varias personas. La Administración, no precisa de este presupuesto, aunque se dé en algunas ocasiones, pero no siempre.

2. *Intervención de órganos imparciales e independientes*, cosa que no ocurre con los órganos de la Administración que son parte interesada, y son dependientes de sus superiores.

3. *La determinación y creación del derecho para el caso concreto*. Son en realidad dos categorías diferentes, la determinación y creación que a veces coinciden en un mismo supuesto, pero que pueden darse con independencia. Se determina el derecho para el caso concreto, cuando el juez afirma que el precepto aplicable al caso de autos es el artículo tal y no el cual, como pretendía alguna de las partes. Se crea derecho cuando se resuelve una situación conflictiva, no prevista concretamente por la norma.

4. *Resolución irrevocable*. Sobre este punto descansa toda la teoría de SERRA que sigue a ALLORIO afirmando que forzosamente es preciso acudir al criterio de la cosa juzgada, como el único válido para diferenciar caso por caso si nos encontramos ante un acto administrativo o jurisdiccional, de forma que cuando un acto determinado sea irrevocable, dicho acto será jurisdiccional, y cuando por el contrario existe la posibilidad de que un acto sea revocable, incluso una vez adquirida firmeza, el acto tendrá naturaleza administrativa.

Para otros autores, esta nota es más extrínseca que intrínseca, ya que existen instituciones que rescinden o revisan la cosa juzgada y que, contradicen la irrevocabilidad del mandato jurisdiccional y de "lege ferenda", siempre que la seguridad jurídica no peligre se ampliará cada vez más ese margen de la justicia a costa de la permanencia.

Tales objeciones pueden soslayarse fácilmente, ya que el recurso de revisión es excepcional, y como tal, reafirma la regla general de la cosa juzgada y la ampliación del margen de Justicia, a costa de la seguridad jurídica, es una teoría que no podemos compartir, ya que

en todo caso no pertenece a las realidades con las que contamos en la actualidad.

Sobre estas notas podemos definir a la jurisdicción como actividad estatal dirigida a la solución de conflictos sociales, mediante la intervención de órganos imparciales e independientes que determinan y crean el derecho para el caso concreto de forma irrevocable⁵⁴.

Se produce así una gran desviación de la doctrina original de Montesquieu que señalaba que la potestad judicial no puede ser confiada a una profesión determinada, sin que la sentencia pueda constituir un punto de vista particular.

2.-LA JURISDICCIÓN COMO PODER O POTESTAD

De lo expuesto anteriormente, resulta que la jurisdicción es uno de los tres clásicos poderes y que puede encajar en un concepto clásico del Estado, que decide e impone sus decisiones.

En un verdadero Estado de Derecho, en el que se dice que tenemos un derecho a la tutela judicial (art. 24 de la Constitución), todo lo que ella encierra, viene a configurarse como un servicio público que el Estado ha de prestar, y solamente en este sentido se justifica. Esta es una idea elemental, e importante, que no ha sido asumida suficientemente, y de ahí derivan muchos de los males que hoy aquejan a la Administración de Justicia, que ejerce la actividad jurisdiccional.

Pero a su vez, el desarrollo de esta actividad exige una posición de superioridad con capacidad para imponerse en su caso, por la fuerza, y de ahí la idea de potestad es más adecuada, y que como vimos es recogida por el art. 117.3 cuando se refiere al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo que ocurre es que no se renuncia a la utilización del concepto de poder judicial que rubrica el título, y es el único que así le denomina, y que a juicio de algunos autores no es casual⁵⁵, porque

⁵⁴Ver SERRA. Ob. Cit, pág. 117.

⁵⁵PECES BARBA. *La Constitución Española de 1978*. Valencia. 1981, pág. 157.

revela la evolución operada de ser el judicial el más débil en la teoría de Montesquieu, pasa a tener entre nosotros un papel más destacado, porque además de aplicar la legislación, contribuye a la formación del ordenamiento jurídico con normas que adquieren valor a través de la jurisprudencia, vigilando la legalidad de la actuación administrativa, y diciendo la última palabra en muchos asuntos, porque en definitiva es el defensor, o debe serlo, de los derechos de los particulares, que sólo existen, si a través de esta vía es capaz de conseguirlo, cuando le sean negados.

Resulta además que el ejercicio de esta potestad jurisdiccional es regulada en la denominada "Ley Orgánica del Poder Judicial" que en su artículo primero reproduce el primer párrafo del 117 de la Constitución señalando que "*La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*".

Pero si bien están sometidos a la ley, además la crean para el caso concreto y sientan precedentes con su jurisprudencia mayor y menor⁵⁶, corrigiendo en muchos casos el sentido de la legislación, revisando actuaciones de la Administración, y sancionando penal

⁵⁶PECES BARBA. *La Constitución* cit. Pág. 159 señala:

"En definitiva, sin caer en el extremismo contrario al nomismo del fetichismo de la ley, de una creación absolutamente libre del Derecho por el juez, que puede tener, y de hecho ha tenido en la historia de los últimos años un sentido regresivo, y sin perjuicio de las exigencias de la seguridad jurídica, los tribunales contribuyen a la formación del Ordenamiento Jurídico con normas particulares, pero también generales a través de la jurisprudencia, con respecto a la ley y a la Constitución, y también contribuyen a la vigilancia de la constitucionalidad de las leyes y de la constitucionalidad y legalidad de los reglamentos y de los actos administrativos, realizando con esto también una producción normativa negativa (si se la inconstitucionalidad o la ilegalidad de una norma se la excluya del Ordenamiento). En esa línea se habla, como hemos dicho, en otros artículos de la Constitución, de la Ley y del Derecho, como ya habló la Ley Fundamental de Bonn, para subrayar el pluralismo de producción nor-

mente conductas de particulares y administradores, y por lo tanto tienen capacidad de hacerse obedecer, y sujetar a los demás a sus decisiones, parece que su consideración como poder entre nosotros está bien consolidada, y más cuando su control sólo puede obtenerse a través de su responsabilidad y ésta es muy cuestionada⁵⁷.

En esta circunstancia se puede afirmar que estamos ante un verdadero poder, si bien será necesario que nos esforcemos para acercarlo a su consideración como potestad que es más conforme con la idea de la tutela de derechos de la persona que la adecuada concepción de un Estado de Derecho exige, y para no llegar a la paradoja actual de que tratando de buscarse un equilibrio entre las distintas funciones del Estado, hayamos desembocado en una situación de desequilibrio, potenciando el judicial⁵⁸.

3.-JURISDICCIÓN, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

I. Son funciones de la soberanía del Estado, y para su exacta delimitación hemos de partir, de las notas que a nuestro juicio son las auténticamente delimitadoras de la jurisdicción y así podemos apre-

mativa (vid. art. 103). Este aumento de la importancia de la función judicial es también un ejemplo más de la cada vez mayor interinfluencia del sistema anglosajón y del sistema continental, a través en este caso de la asunción por el Continente de la importancia del Derecho judicial anglosajón, y viceversa, a través de la asunción por el Common Law del Derecho legal continental".

⁵⁷ A. ARADILLAS. *Proceso a la Justicia Española*. cit. En la pág. 58 se lee:

Asimismo, son conscientes de que nadie controlará la Administración de su Justicia y, cuando esto ocurra, lo harán sus amigos los jueces, sin apenas posibilidad de que trasciendan los resultados negativos a la opinión pública, por constituir desacato atreverse a juzgarlos. En sus Juzgados respectivos son y actúan como unos pequeños reyes y, aunque sistemáticamente, como a veces ocurre, les sean revocadas sus sentencias, ellos continúan en sus puestos, sin que sea posible exigirles responsabilidad por los justiciables, teniendo objetivamente en cuenta los perjuicios, incluso económicos, que a estos les supuso su incompetencia".

⁵⁸ Ver. PECES BARBA. Ob.cit, pag.158.

ciar que en la tercera de las notas que hemos señalado, la actividad de determinación y creación del derecho para el caso concreto no corresponde en modo alguno al legislativo al que incumbe el establecimiento de normas jurídicas generales.

Con esta razón estamos rechazando la extendida opinión de que el legislativo fija la norma, y la jurisdicción se limita a una labor puramente deductiva, desconociendo la auténtica labor creadora de la sentencia judicial, donde el Juez se encuentra con unos hechos concretos a los que se debe dar una solución jurídica específica, no pudiendo limitarse a una aplicación mecánica que podría quedar encomendada a un cerebro electrónico. La complejidad de esa actuación jurisdiccional, impide la utilización de tales técnicas y hace insustituible la figura del juez.

Sin embargo la distinción entre legislación y jurisdicción no significa diversidad, porque, tanto el legislador como el juez operan con el idéntico instrumento del juicio, cambiando tan solo la materia y la intensidad. Según afirma SERRA, mientras el legislador opera sobre supuestos generales, el juez resuelve realidades concretas; mientras los juicios de valor del legislador no surgen de la realidad o al menos están mediatizados por una labor de abstracción, los juicios de valor del juez, vienen condicionados por las exigencias ineludibles en lo concreto y de ahí la opinión, que aceptamos, de que no existe una diversa naturaleza entre el juicio legislativo y el jurisdiccional, sino únicamente de objeto.

II. Mayores problemas presente la diferenciación entre jurisdicción y administración, ya que existen organismos administrativos que incluso adoptan la denominación de Tribunales que determinan el derecho para un caso concreto, con lo cual la nota que nos servía para diferenciar la legislación y jurisdicción aquí no nos sirve. Las opiniones doctrinales son muy dispares, y en parte han quedado perfiladas en el epígrafe anterior, en el cual hemos tomado partido por unas características o notas definidoras de la jurisdicción que son las que han de marcar su distinción con la Administración si realmente

son válidas. Ya hemos rechazado la tercera de ellas. Veamos las otras tres:

1. La auténtica jurisdicción, que es la conocida por el nombre de contenciosa, se define por la preexistencia de un conflicto que exige una resolución jurídica, nota ésta que no se da siempre en la Administración. Cuando se otorga una concesión, o una licencia de cualquier tipo, no se está resolviendo ningún conflicto en el sentido que nosotros hemos aceptados, aunque en otras ocasiones sí lo hagan. Se trata en consecuencia de una nota diferenciadora de carácter relativo. No nos sirve en términos absolutos, pero contribuye a arrojar luz sobre esta cuestión.

2. La imparcialidad de la jurisdicción, como atributo que no se predica de la Administración, es un aspecto trascendente en el que se basan exclusivamente algunos autores. La Administración no es imparcial y carece de la posición objetiva, de tercero ajeno a los asuntos que resuelve, y además sus órganos no están revestidos de autoridad, actuando únicamente con potestad, mientras que la jurisdicción actúa de forma imparcial y con autoridad. A pesar de las manifestaciones contrarias a la imparcialidad de la jurisdicción carecen de fundamento, ya que se basan en el procedimiento, y la imparcialidad se precisa respecto de la relación jurídica sustantiva, como lo demuestran las causas de abstención y recusación. El antiguo aforismo de "nemo iudex in sua causa", sólo puede aplicarse a la jurisdicción y no a la Administración.

En este orden de cosas, este criterio diferenciador es muy consistente, y complementándose con el siguiente nos ofrecen una cabal argumentación en relación con el tema que nos ocupa.

3. Ya hemos apuntado el problema relativo a la cosa juzgada, y nos hemos manifestado en pro de su utilidad en la fijación de la naturaleza propia de la jurisdicción. Efectivamente cualquier resolución administrativa, aun las emanadas de los órganos supremos de la Administración del Estado, son susceptibles de revisión jurisdiccional y por sí

mismas carecen de la eficacia e irrevocabilidad de las resoluciones judiciales, de donde podemos aceptar la opinión de SERRA de que cuando un acto determinado sea irrevocable o está ligado directamente a un acto irrevocable, dicho acto será jurisdiccional, y, cuando por el contrario existe la posibilidad de que un acto sea revocado, incluso una vez adquirida firmeza, el acto tendrá naturaleza administrativa.

Con ello estamos adoptando una postura pluralista, pero no porque no encontremos ningún criterio que aisladamente nos satisfaga, sino porque conjuntándose siempre ofrecerán un panorama más nítido, y más si añadimos las posibilidades que puede brindar el primero de los criterios a que nos hemos referido, que si bien como dijimos no son absolutos, tampoco son desdeñables.

4.-JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La administración de justicia viene referida a la actividad que desarrollan los tribunales y juzgados, pero tiene un contenido más amplio que el puramente jurisdiccional, porque tales órganos realizan funciones de carácter gubernativo, como el Registro Civil o la denominada jurisdicción voluntaria, que podemos considerar como secuelas históricas de aquella confusión de funciones en determinadas autoridades.

Así como la jurisdicción es una actividad propia del juez, en la administración de justicia, intervienen además diversidad de personas, como el fedatario o el perito, y en un lugar muy destacado el abogado que dirige a las partes, utilizando sus derechos procesales, y cuya significación procesal, se ha olvidado en muchas ocasiones, porque el "procesus iudicii" se compone de muchas actuaciones, fundamentalmente de parte, que van dirigidas a obtener la convicción judicial, que se manifiesta en ese acto definitivo que es la sentencia, como fin pretendido, y que es la culminación del proceso, pero no todo el proceso.

Precisamente la denominada promoción de la justicia, procede de los profesionales que asisten a las partes, a los que éstas acuden en primer lugar, y son quienes actúan a la vez de "filtro" eliminando el ejercicio de acciones infundadas y de defensor del justiciable, defensa que ocupa hoy un aspecto fundamental en la Administración de Justicia, y no sólo en el sentido de respuesta eficaz frente a una acusación o demanda, sino como verdadero presupuesto de la tutela judicial, a la cual sólo se accede mediante el estudio, preparación y petición de los profesionales que promueven la justicia, y procuran a través de sus conocimientos técnicos que la pretensión pueda llegar a su fin, porque el tribunal jurisdiccional ha de adoptar una postura estática e imparcial incompatible con tomar iniciativas que son propias de las partes privadas, o del Ministerio Fiscal, órgano también de la Administración de Justicia, con intervención decisiva en asuntos en los cuales el interés público hace acto de presencia.

5.-CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Ya hemos visto como no siempre resulta tarea fácil la distinción entre Jurisdicción y Administración sin que se pueda excluir la posibilidad de que entre los Tribunales de justicia y los Órganos de la Administración puedan surgir controversias o dudas sobre quien es llamado a intervenir en un caso determinado, bien porque ambos pretendan conocer, resolver o abstenerse de conocer sobre una materia concreta.. Dichas controversias, en la terminología actual de la LOPJ, se denominan conflictos de jurisdicción (art. 38), y estan regulados en la L.O. 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción.

a) *Organo competente para su resolución:*

Los conflictos de jurisdicción entre Juzgados o Tribunales y la Administración son resueltos por un órgano colegiado, constituido por el Presidente del T.S., que lo presidirá y por cinco vocales, al cual se refiere el art. 38 de la LOPJ, denominado Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art.1 LOCJ).

b) *Limites:*

No cabe plantearlos respecto del procedimiento de "habeas corpus" ni de asuntos ya resueltos definitivamente (art.6, 7 y 8 LOCJ).

c) *Promotores:*

La LO 2/87 de 18 de mayo de Conflictos Jurisdiccionales permite plantearlos por la Jurisdicción a todos los tribunales, menos a los jueces de paz, que habrán de actuar a través del Juzgado de Primera Instancia. Y por parte de la Administración, están facultados al efecto el Gobierno Central, los Autonómicos, Gobernadores, Delegados de Hacienda, Diputaciones, Ayuntamiento, etc. (arts.3 y 4 LOCJ).

d) *Clases:*

1) El conflicto es *positivo*, cuando ambos organismos pretenden conocer el mismo asunto, y puede ser planteado por cualquiera de ellos, previo informe del Ministerio Fiscal en el caso de los Juzgados y Tribunales, y audiencia de los interesados en el caso de la Administración, requiriéndose de inhibición al otro, que resolverá aceptando o rechazando el requerimiento, después de solicitar informe o asesoramiento jurídico. Cuando se rechaza el requerimiento se remiten las actuaciones al Tribunal de Conflictos para su decisión.

2) El conflicto es *negativo*, si ambos se niegan a conocer. Ha de plantearlo la persona que ve rechazado el conocimiento de un asunto de su interés, tanto por el Juzgado o Tribunal como por el Órgano Administrativo que estima competente. Una vez que por resolución firme se haya declarado incompetente uno de ellos, se dirigirá al otro acompañando testimonio de dicha resolución, y si éste también se declara incompetente, podrá formalizar el interesado en el plazo de 15 días el conflicto de jurisdicción negativo mediante escrito presentado ante el órgano judicial aunque dirigido al Tribunal de Conflictos y serán los propios órganos en conflicto los que elevaran las actuaciones a aquel a fin de que resuelva.

Los que puedan surgir entre la jurisdicción ordinaria y la militar, están regulados en la citada ley 2/87 en los arts. 22 y siguientes, y pueden ser también positivos y negativos, y tienen una tramitación similar siendo resueltos por la Sala a que se refiere el art. 39 de la LOPJ.

IV. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1.-CONCEPTO Y CARACTERES

I. Dentro del proceso, la actividad decisoria es la ejercida por la magistratura, por los jueces y magistrados que según el art. 117 de la Constitución integran el poder judicial, al que le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, funciones en las que no deben destacarse las notas de fuerza y coacción, desde luego utilizables cuando sea necesario, porque como destacó LARENZ, la vigencia fáctica de todo el ordenamiento jurídico no descansa en última instancia en el poder de coacción, sino en el sentimiento jurídico de la sociedad, y de la autoridad y formación de los jueces. Nunca se darán suficientes cuidados para esta elección, decía CARNELUTTI, y es que uno de los mayores empeños de los poderes públicos, cuidadosos con el Estado de Derecho, es el de la formación y selección de los jueces y magistrados, ya que de ellos depende en grado sumo, aquella determinación del derecho para cada caso concreto, y tal derecho existirá, no porque lo diga la Constitución o una ley orgánica, sino porque exista un Poder Judicial fuerte y competente, que esté en condiciones de proporcionarlo, en casos, frente a ese gigante que todo lo abarca que es la Administración.

A la dificultad de la preparación, ha de unirse la necesidad de criterio y entendimiento a la que se refería ORTEGA Y GASSET cuando decía, que para ser juez, es preciso hacer previamente la heroica renuncia a entender el caso que se presenta a juicio, en la inagotable realidad de su contenido humano. Y por eso históricamente, los pueblos más avanzados en sus logros y libertades se han caracterizado por llevar al ejercicio de las funciones judiciales, a aquellas personas de prestigio profesional, sabedores de que en ese camino se encuentran las mejores direcciones para encontrar el Estado de Derecho.

II. El ejercicio de la función jurisdiccional está encomendado con caracteres de permanencia, exclusividad e independencia, a los órga-

nos jurisdiccionales o judiciales. El art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) de 1 de julio de 1985 establece que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los Tratados Internacionales".

La existencia de Juzgados y Tribunales de diversas categorías y atribuciones, responde no sólo a la necesidad de su distribución por todo el territorio nacional, al objeto de acercar la Justicia al justiciable, sino también es una exigencia del sistema de recursos, y especialización exigida por la complejidad del derecho.

Pero todos ellos, ejercen una única jurisdicción que se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio nacional. Según dispone la L.O.P.J. aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, sin que puedan aplicar reglamentos o disposiciones contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía de normas. Protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Controlarán además la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Como notas que les caracterizan, han de destacarse las siguientes:

A) **Permanencia**, en cuanto el ejercicio de la jurisdicción, se realiza de forma continuada.

B) **Unidad**. La Constitución y la LOPJ, en los artículos 117.5 y 3.1 proclaman respectivamente el *principio de unidad jurisdiccional* como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales ordinarios. El Poder judicial es único. Con ello se viene a prohibir la existencia de <<jurisdicciones especiales>>, esto es la existencia de órganos distintos a los Juzgados y Tribunales ordinarios, que ejerzan

jurisdicción sobre materias concretas sustrayendo el conocimiento o el control de las mismas a aquellos. Su finalidad es la de garantizar la independencia e imparcialidad, características entre otras, que resultan fundamentales para poder calificar un verdadero Poder judicial en un sistema constitucional de reparto de poderes y evitar cualquier manipulación o intromisión en el ejercicio de su función por parte de los otros poderes del Estado y sobre todo del Poder Ejecutivo, algo no poco habitual en épocas anteriores⁵⁹.

No obstante la consagración de dicho principio no puede ser entendida en términos absolutos, ya que en la propia constitución y en la LOPJ aparece matizada, admitiéndose ciertas excepciones:

a) *Los Tribunales Militares*, su ámbito de actuación queda limitado al exclusivamente castrense, y respecto a los hechos tipificados como delitos militares en el Código penal militar o en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula (art. 117.5 CE y 3.2 LOPJ). El art.9.2 de la LOPJ, añade a las anteriores, las actuaciones de prevención de los juicios de testamentaria y abintestato de los miembros y fuerzas armadas muertos en campaña o navegación en tiempo de guerra.

b) *Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales* (art. 125 CE):
- *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia* (art.19.2 LOPJ), dirime conflictos de carácter civil surgidos en las comunidades de regantes de la Vega de Valencia en los márgenes del Río Turia
- *El Consejo de Hombres Buenos de Murcia* (art. 19.4 LOPJ), reconocido como tal a partir de la LO 13/1999, organizan los riegos de la Vega de Murcia y las relaciones de la comunidad de regantes.

Tampoco atenta al principio de unidad jurisdiccional, el hecho de

⁵⁹ Para mayor detalle sobre su evolución histórica Ver GIMENO SENDRA. *Introducción al derecho procesal*, con MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ, Madrid 1997, pag.70 a 74.

que dentro de la Jurisdicción ordinaria se distingan a su vez diversos ordenes jurisdiccionales conforme a la propia terminología de la LOPJ, respondiendo a una división ocasional del trabajo, por razón de la materia que conocen (art.9 LOPJ):

a) ORDEN CIVIL. Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, (esto es las relativas al derecho privado, comprendiendo dentro de las mismas tanto el derecho civil, como mercantil), también de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (art.9.2 LOPJ).

b) ORDEN PENAL. Los de este orden tienen atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar (art.9.3 LOPJ).

c) ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Los de este orden conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Conocerán, así mismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, incluso en aquellos casos en que en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados (art.9.4 LOPJ).

d) ORDEN SOCIAL. Los de este orden conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (art.9.5 LOPJ).

C) Exclusividad. El Poder judicial ostenta el ejercicio de la potestad jurisdiccional en exclusiva. En este sentido el art. 117.3 CE y en términos parecidos el art.2.1 LOPJ establecen que: <<el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...>>.

En su vertiente positiva se habla así de monopolio estatal y monopolio judicial de la potestad jurisdiccional, aunque también esta idea ha de ser matizada al no ser del todo exacta.

El estado tiene el monopolio en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pero limitado territorialmente al ámbito nacional, lógicamente a los que queda reducida su soberanía. Ello excluye la validez en nuestro país de las resoluciones dictadas por Tribunales extranjeros a no ser que la misma este reconocida en virtud de una ley o un tratado internacional sobre la materia. Además hemos de tener en cuenta que la propia Constitución en su art.93 y el art.2.1 de la LOPJ prevén la posibilidad de atribuir potestad jurisdiccional a órganos internacionales o supranacionales mediante el concierto de los oportunos Tratados internacionales y es lo que ha ocurrido con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Penal Internacional.

Por otro lado la exclusividad exige que su ejercicio únicamente se atribuya a órganos estatales con exclusión de otros órganos o personas de carácter privado, y dentro de aquellos a uno específicos, los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

Ello no impide que en el ámbito de las relaciones privadas cuando se trate de materias de libre disposición, los ciudadanos pueden optar por dirimir sus conflictos acudiendo a la institución del arbitraje. Se trata de una alternativa legítima y prevista por nuestro ordenamiento positivo (Ley 36/1988, de Arbitraje), el juez y el arbitro cumplen la misma función de resolver el conflicto definitivamente y de modo irrevocable y dicha decisión produce el efecto de cosa juzgada sin nece-

sidad de homologación por parte de ningún órgano estatal. No obstante no queda excluido un posible control del poder judicial sobre determinadas garantías del procedimiento arbitral⁶⁰, y sobre todo en orden a la ejecución forzosa queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional por ser el único que posee el imperio o la autoridad necesaria para hacer cumplir la decisión.

En sentido negativo de la exclusividad se manifiesta de conformidad con lo establecido en los arts.117.4 de la CE y 2.2 de la LOPJ en que los Juzgados y Tribunales no pueden ejercer otro tipo de funciones distinta a la jurisdiccional con excepción de la llevanza del Registro Civil y las que expresamente prevea la ley <<en garantía de cualquier derecho>>

D) Son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, tal como explica el art. 117 de la Constitución, desarrollado por los arts. 12 y siguientes de la L.O.P.J. que disponen:

"En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial, sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional". (Art. 12)

"Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados". (Art. 13)

⁶⁰ RAMOS MENDEZ. *El sistema Procesal Español*. Edi.J.M. Bosch, Barcelona 2000, pág.122.

"Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial". (Art. 14)

"Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley". (Art. 15)

"Los Jueces y Magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las Leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley. Se prohíben los Tribunales de Honor en la Administración de Justicia". (Art. 16)

E) Tecnicismo, dada su principal misión de aplicación e interpretación jurídica, requieren una formación y conocimiento del derecho, en los titulares de Juzgados y Tribunales a excepción de los Jueces de Paz que tradicionalmente han tenido y tienen carácter lego.

2. CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES

a) *Criterio jerárquico:*

Desde este punto de vista, nuestros Juzgados y Tribunales ordinarios se organizan jerárquicamente respondiendo a una estructura de tipo piramidal, atendiendo fundamentalmente a la categoría o rango en función de la importancia de su competencia o atribuciones.

Su enumeración de mayor a menor sería la siguiente:

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados

Centrales de lo penal, Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria y Juzgado Central de Menores.

- Tribunales Superiores de Justicia
- Audiencias Provinciales
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria
- Juzgados de Paz

Aunque la denominación de Tribunales sirva para aludir a cualquier tipo de órganos, en un sentido más estricto, la denominación de Juzgado alude fundamentalmente a órganos unipersonales donde la función jurisdiccional la ejerce una sola persona, su titular, que suele tener la categoría de Juez. La denominación de Audiencia o Tribunal se refiere por regla general a órganos pluripersonales o colegiados, donde la función jurisdiccional se atribuye a varias personas de modo conjunto, las cuales suelen tener la categoría de magistrados. Los órganos colegiados al tener una estructura más compleja, pueden organizarse a su vez, en salas o secciones en orden a la división de trabajo y especialización.

b) *Criterio territorial:*

Para su ubicación y distribución territorial, la LOPJ toma como referencia las divisiones administrativas del territorio nacional, añadiendo la figura del partido judicial integrado por uno o varios municipios limítrofes, pertenecientes a una misma provincia, así de conformidad con el art. 30 de la LOPJ el Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias, Comunidades Autónomas y el Estado. Este criterio nos indica la demarcación judicial o circunscripción territorial que comprende cada órgano. La sede y la denominación de cada uno de los órganos lo fija la LDYP.

Salvo algunas excepciones, ejercen:

- *Jurisdicción en toda España:* El Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo penal, Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo,

Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria y Juzgado Central de Menores.

- *Jurisdicción en una Comunidad Autónoma:* Los Tribunales Superiores de Justicia
- *Jurisdicción provincial:* Audiencias Provinciales, Juzgados de lo penal, Juzgados de menores, Juzgados de Vigilancia penitenciaria, Juzgados de lo social y Juzgados de lo contencioso-administrativo.
- *Jurisdicción en un partido Judicial:* Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.
- *Jurisdicción en un municipio o agrupación de municipios:* Juzgados de Paz, salvo que exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

c) *Criterio numérico:*

La LOPJ y la LDYP establecen así mismo el número de órganos que existen dentro de cada categoría y territorio atendiendo a las necesidades y exigencias de la organización administrativa del Estado. Como órganos únicos existen el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, del resto hay más de uno dentro de cada categoría y territorio.

d) *Por razón de la competencia:*

Este criterio sirve para organizar nuestros Juzgados y Tribunales en orden al tipo de asuntos y la función específica que cumplen dentro de cada una de las fases o instancias que conforman el proceso. Dichas normas de distribución no se encuentran únicamente en la LOPJ sino que hay que acudir para completar el esquema competencial a las respectivas leyes de enjuiciamiento y a los Estatutos de Autonomía. Una primera y general distribución se realiza atendiendo a los diversos ordenes jurisdiccionales existentes (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral). Salvo excepciones concretas como los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, los Juzgados de lo Penal o los Juzgados de lo Social que conocen de asuntos de un solo orden, el resto suelen conocer al menos de dos o más ordenes.

- *Órganos jurisdiccionales del orden civil:* Juzgados de paz, Juzgados de Primera Instancia, Audiencias Provinciales, Sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Civil del

Tribunal Supremo.

- *Órganos jurisdiccionales del orden penal:* Juzgados de Paz, Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal, Juzgados de Menores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, Audiencias Provinciales, Sala de lo penal y civil de los Tribunales Superiores de Justicia, los Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo Penal, Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria y Juzgado Central de menores, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y la Sala de lo penal del Tribunal Supremo.

- *Organos jurisdiccionales del orden administrativo:* Juzgados de lo contencioso-administrativo, la Sala de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

- *Organos jurisdiccionales del orden social:* los Juzgados de lo social, la Sala de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sala de lo social de la Audiencia Nacional, y la Sala de lo social del Tribunal Supremo.

3. EXTENSION Y LIMITES DE SU CONOCIMIENTO

A) Principio general:

Esta establecido respectivamente en los art. 4 , y 21.1 de la LOPJ en el sentido de que:

"La jurisdiccion se extiende a todas las **personas,, materias y a todo el territorio español**, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes"(art.4 LOPJ).

"Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los **juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros** con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte"(art.21.1 LOPJ).

B) Limites:

I.- Los Tratados Internacionales:

No conocerán los Tribunales Españoles de aquellos asuntos que estén atribuidos a un órgano judicial extranjero en virtud de un convenio o Tratado internacional en consonancia con lo establecido en el art.21.1 y en relación con los arts.93 y 96 de la CE.

II.- Los <<fueros>> de los arts. 22 y ss de la LOPJ:

Siguiendo a CORTES DOMINGUEZ, fuero, desde un punto de vista procesal, supone la vinculación de un litigio a un territorio concreto y ello es lo que establecen los artículos 22 y siguientes de la LOPJ, esto es, los fueros o las posibles vinculaciones de un litigio al territorio español para determinar en cada caso concreto si debe de ser conocido por órganos judiciales españoles o por el contrario por órganos judiciales extranjeros, esto es, fijan los limites de la jurisdicción española, no obstante, la formulación se realiza de forma positiva, esto es, estableciendo concretamente los casos en los que serán competentes, quedando excluida en aquellos otros no previstos expresamente.

Dichos fueros a su vez pueden ser exclusivos(en ningún caso podrán ser conocidos por Tribunales extranjeros), generales o especiales.

III- Los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público (art.21.2 LOPJ). De este modo, tampoco conocerán de aquellos asuntos relacionados con personas, materias o territorios que gocen de inmunidad atendiendo al Derecho Internacional Público (Jefes de Estado, Embajadores o Diplomáticos).

C) competencia jurisdiccional española:

I- En el Orden jurisdiccional civil:

El art. 22 de la LOPJ se ocupa de establecer los supuestos en los que deben intervenir los órganos jurisdiccionales españoles respecto a conflictos de carácter privado, tanto de derecho civil como mercantil. Para ello se prevén distintos fueros o criterios de atribución de la competencia, distinguiendose cuando deberán conocer con carácter

exclusivo con independencia de la nacionalidad o el domicilio de los litigantes(apartado 1º), con carácter general por sumisión expresa o tácita o por tener el demandado su domicilio en España(apartado 2º), con carácter especial en defecto de los anteriores (apartado 3º y 4º) y por ultimo para la adopción de medidas provisionales o cautelares sobre bienes o personas que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España..

II- En el Orden jurisdiccional penal:

El art.23 de la LOPJ se ocupa de regular los supuestos atribuidos a los órganos jurisdiccionales españoles dentro de este orden:

a)El conocimiento de las causas por delitos o faltas cometidos en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los Tratados Internacionales en los que España sea parte(art.23.1);.

b)Del enjuiciamiento de delitos cometidos por españoles en el extranjero cuando se den las siguientes circunstancias: que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales Españoles y que el delincuente no halla sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y que en este ultimo caso, no haya cumplido la condena.(art.23.2).

c)Del enjuiciamiento de los delitos enumerados en los apartados 3 y 4 del art.23 que por afectar a los intereses o al sistema político de nuestro país, a la dignidad de las personas, paz social o a salud pública se le atribuye su conocimiento con independencia de la nacionalidad de los delincuentes y el lugar de comisión del mismo.

III- En el Orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

Según el art.24 de la LOPJ los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo serán competentes cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones públicas Españolas. Así mismo conocerán de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

IV- En el orden jurisdiccional social:

El art.25 atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles en este orden o sector del ordenamiento jurídico teniendo en cuenta tres tipos de materias, estableciendo los fueros respectivos: a)derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, b) convenios colectivos y conflictos colectivos, c) pretensiones contra la Seguridad social.(ver artículo).

4. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Según la terminología de la LOPJ son conflictos de competencia los que puedan surgir entre Juzgados y Tribunales de distinto orden jurisdiccional integrados en el poder judicial(art.42 LOPJ). Su regulación se encuentra contenida en los arts. 42 a 50 de la LOPJ.

a) Organismo competente para su resolución:

Se resolverán por una Sala Especial del Tribunal Supremo cuya composición viene establecida en el art. 42 LOPJ.

b) Promotores:

Pueden ser promovidos de oficio por el propio Juzgado o Tribunal o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal.

c) Límites:

No podrán plantearse en procesos que hayan concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo (art.43 LOPJ) y ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de la jurisdicción penal que son siempre preferentes (art. 44 LOPJ).

d) clases:

Los conflictos podrán ser positivos o negativos:

- Podría suscitarse un *conflicto negativo de competencia*:

1) Si el juez o Tribunal ante el cual se ha planteado un asunto, declara de oficio su falta de jurisdicción (art.9.6 LOPJ), remitiendo al demandante ante órgano judicial del orden concreto competente para

conocer del mismo y este a su vez se declarara incompetente. Aquí la parte interesada que ha visto rechazado el asunto por ambos órganos podrá interponer el denominado recurso por falta de jurisdicción contra la decisión del último órgano que se hubiese pronunciado, el cual, oídas las demás partes y al Ministerio Fiscal, elevará las actuaciones a la Sala de conflictos, la cual a su vez, requerirá al primer órgano que declaró su incompetencia la remisión de actuaciones, y oído el Ministerio Fiscal, resolverá el conflicto mediante auto.(art.50 LOPJ).

2) Si la falta de competencia se ha planteado a instancia de parte demandada o del Ministerio fiscal mediante un escrito (en forma de declinatoria) presentado ante el mismo órgano judicial que esta conociendo de un asunto pero que se considera incompetente, solicitándole que decline el conocimiento del mismo en el órgano que se considera verdaderamente competente, y este accediese a dicha solicitud, remitiendo las actuaciones al segundo órgano, y este a su vez declarara su falta de competencia. Ambos órganos deberán remitir las actuaciones a la Sala de Conflictos para que resuelva.

- Estaríamos ante un *conflicto positivo de competencia*:

1) Cuando la parte demandada o el Ministerio Fiscal presentan el escrito(en forma de inhibitoria), esta vez, ante el órgano del orden jurisdiccional que consideran competente, solicitándole que requiera al órgano que esta conociendo, pero que consideran incompetente, para que se inhiba de conocer, y si accediendo a dicha solicitud y hecho el requerimiento, el órgano requerido no acepta insistiendo en su competencia, ambos órganos deberán remitir las actuaciones a la Sala de conflictos para que resuelva (arts. 46 y 47 LOPJ).

En relación con los dos últimos supuestos planteados, el art.48 de la LOPJ establece que: " desde que se dicte el auto declinando la competencia o acordando el requerimiento, y desde que se tenga conocimiento de este por el Juez o Tribunal requerido, se suspenderá el procedimiento en el asunto a que se refiere aquel. No obstante, la suspensión no alcanzará a las actuaciones preventivas o prepara-

torias ni a las cautelares, cualesquiera que sean las órdenes jurisdiccionales en eventual conflicto, que tengan carácter urgente o necesario, o que, de no adoptarse, pudieran producir un quebranto irreparable o de difícil reparación. En su caso, los Jueces o Tribunales adoptarán las garantías procedentes para asegurar los derechos o intereses de las partes o de terceros o el interés público. Las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia no serán susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario. (Art. 49).

5. ORGANOS JURISDICCIONALES

A) ORGANOS COLEGIADOS:

1) EL TRIBUNAL SUPREMO

Órgano judicial superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales, propias del Tribunal Constitucional que no es propiamente un órgano de la Administración jurisdiccional, aunque en ocasiones tienda inadecuadamente a confundirse.

Tiene jurisdicción en todo el ámbito nacional y su sede en Madrid, con la misión principal de conocer recursos extraordinarios, para velar por la recta aplicación del derecho y unificación de criterios interpretativos, creado por la Constitución de 1812, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa de la Revolución de 1789, con el fin de ostentar la suprema inspección del tribunal, vigilar la observancia de las leyes, como garantía del justiciable, y con el matiz político, en cuanto no resolvía sobre el fondo de los asuntos, limitándose a anular la sentencia impugnada, en su caso, devolviéndola al Tribunal inferior, para su rectificación. Sin embargo en España, se orientó desde el principio, como jurisdiccional, no limitándose a la función de casación o anulación de sentencias recurridas, sino dictando además la que en derecho procediera, cuando se declara haber lugar a recurso.

Tiene una estructura compleja al tener asignadas atribuciones concretas en los distintos ordenes jurisdiccionales y por ello se organiza en salas. Cada una de ellas viene calificada por el tipo de materia del orden jurisdiccional concreto del que entiende. En la actualidad esta compuesta por cinco salas (art.55 LOPJ) (sala primera: de lo civil, sala segunda: de lo penal, sala tercera: de lo contencioso-administrativo, sala cuarta: de lo social y sala quinta: de lo militar), estas a su vez pueden dividirse en secciones cuando el numero de asuntos o su naturaleza lo hacen necesario.

Su composición viene prevista en el art.54 de la LOPJ: El Tribunal Supremo se compondrá por su Presidente, los presidentes de las salas y por los magistrados adscritos a cada una de las salas o secciones que puedan componer cada una de las salas.

Su Presidente, que lo es a la vez del Consejo General del Poder Judicial, es elegido entre miembros de la Carrera Judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en la carrera o en el ejercicio de la profesión.

1. La Sala de lo Civil conocerá:

- En fase de recursos, de los recursos de casación y revisión y otros extraordinarios que en materia civil establezcan las leyes.
- En única instancia de las demandas de responsabilidad frente a las personas aforadas a las que se refiere el art. 56 de la LOPJ, y también de peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

2. La Sala de lo Penal conocerá:

- En fase de recursos, de los recursos de casación y revisión en materia penal y de otros extraordinarios que establezca la ley.
- En única instancia, de las causas penales frente a las personas aforadas que se determinan en el art. 57 de la LOPJ.
- Del juicio por jurado cuando por razón del aforamiento del acusado tenga atribuido su conocimiento.

3. La Sala de lo Contencioso-Administrativo conocerá:

- En fase de recursos, también de los recursos de casación y revisión no atribuidos a otros órganos de este orden (Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Ver art.74 LOPJ).

- Y en única instancia de las demandas de este orden a las que se refiere el art. 58.1 de la LOPJ.

4. La Sala de lo Social conocerá:

- En fase de recursos, de recursos de casación y revisión y demás extraordinarios que puedan establecerse, en esta rama del derecho.

5. La Sala Quinta, fue creada por la Disposición Adicional sexta de la LO 4/1987, de 15 de julio de competencia y organización de la Jurisdicción Militar, conoce de recursos y temas específicos de carácter militar.

6. La Sala especial del art.61 de la LOPJ

Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:

- De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de dicho Tribunal.
 - De los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Supremo o de los Presidentes de Sala, o de más de dos Magistrados de una Sala.
 - De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo.
 - De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de una Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.
 - Del conocimiento de las pretensiones de declaración de error judicial cuando este se impute a una Sala del Tribunal Supremo.
 - De los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Organica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.
- Una Sección, formada por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala de lo Contencioso-administrativo, y cinco Magistrados de esta misma Sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos, conocerá del recurso de casación para la unificación de doctrina

cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de dicha Sala.

2) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Constituye la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, tomará el nombre de ésta y extenderá su jurisdicción a su ámbito territorial, salvo las excepciones que prevea la ley. Está integrado por tres salas. De lo Civil y de lo Penal; de lo Contencioso-Administrativo; y de lo Social.

1. Sala de lo civil y penal:

Como Sala de lo Civil conocerá:

- En fase de recursos, de los recursos de casación y revisión sobre normas de derecho especial propio de la Comunidad Autónoma.
- En única instancia de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos frente a las personas que determina el art. 73.2. a y b de la LOPJ

Como Sala de lo Penal conocerá:

- En fase de recursos conoce del recurso de apelación en materia de juicios por jurado cuando este tenga su sede en alguna de las Audiencias Provinciales de su respectiva Comunidad Autónoma.
- En única instancia, de las causas penales que los respectivos Estatutos de Autonomía reserven a su conocimiento. Y de la Instrucción y fallo de las causas penales frente a personas aforadas (Jueces, Magistrados y miembros del MF) por delitos y faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma siempre que esta atribución no corresponda al TS. El instructor no puede formar parte de la sala que enjuicia.
- De los Juicios por Jurado cuando por razón del aforamiento de los inculcados tenga atribuido su conocimiento.

Una Sala única que se denomina de lo Civil y Penal tiene las competencias anteriores que en la práctica, son escasas, siendo su existencia cuestionada, además, por la forma de nombramiento de los miembros que la componen (art. 330 y 336 de la LOPJ).

3. La Sala de lo Contencioso conocerá:

- En fase de recursos, del recurso de apelación frente a las senten-

cias dictadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo de su respectiva Comunidad Autónoma. También conocen de determinados recursos de casación y revisión.

- En única instancia de las demandas de esta clase en los supuestos determinados por la ley. (Ver art. 74).

4. Y la Sala de lo Social, conoce:

- En fase de recursos, de aquellos establecidos por la ley frente a resoluciones de los Juzgados de lo Social de su respectiva Comunidad Autónoma.
- En primera y única instancia de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en un ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma. (Ver art. 75 LOPJ).

4) LA AUDIENCIA NACIONAL

Tiene su sede en Madrid, y ejerce jurisdicción sobre toda España. Se compone de su Presidente, los presidentes de Sala y los Magistrados que determine la ley para cada una de sus salas o secciones en su caso.

Tiene atribuciones en tres ordenes de conocimiento, penal, contencioso y social y en consecuencia esta integrado por tres Salas:

1. La Sala de lo Penal conocerá :

- *En fase de recursos*, de aquellos que establezca la ley contra las sentencias y resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo penal, el Juzgado Central de Menores y los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria.
- *En única instancia*, del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por delitos enumerados en el art.65 de la LOPJ. Se trata de hechos delictivos que tienen proyección o ámbito nacional, como falsificación de moneda, delitos monetarios, tráfico de drogas cometidos por grupos o bandas organizados, delitos contra la Corona... etc y demás supuestos previstos en dicho artículo, entre los que cabe destacar su competencia sobre los procedimientos de extradición pasiva y por su

novedad, el conocimiento para la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega (Ver art. 65)⁶¹.

2. La Sala de lo Contencioso-Administrativo conocerá:

- En fase de recursos, de aquellos devolutivos que establezca la ley frente a las resoluciones de los Juzgados Centrales de este orden.
- En única instancia, de las demandas en esta materia a las que se refiere el art.66 de la LOPJ no atribuidos a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo; de aquellas no atribuidas a los Tribunales Superiores de Justicia en relación a los convenios entre las Administraciones públicas y a las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central; y de las demandas contra los actos dictados por la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo. Conocerá, asimismo, de la posible prórroga de los plazos que le plantee dicha Comisión de Vigilancia respecto de las medidas previstas en los artículos 1 y 2 de la Ley 12/2003 de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo⁶².

3. La Sala de lo Social conocerá:

- En única instancia, de aquellos conflictos de este orden que determina la ley cuando afecten a un ámbito territorial superior al de su Comunidad Autónoma (art.67 de la LOPJ y art.8 de la Ley de Procedimiento Laboral).

5) AUDIENCIAS PROVINCIALES

Tienen su sede en la capital de provincia de la que toman su nombre, extendiendo a toda ella su jurisdicción. No se organizan en salas aunque es un órgano colegiado, aunque si puede organizarse en secciones, pudiendo crearse fuera de la capital, con adscripción de uno

⁶¹ Nueva redacción del art.65.4º conforme a la L.O 2/2003, de 14 de marzo complementaria de la ley sobre la orden europea de detención y entrega.

⁶² Art.66 de la LOPJ, nueva redacción por L.O. 4/2003, de 21 de mayo complementaria de la ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

o varios partidos judiciales.

Las Audiencias Provinciales conocen únicamente en materia civil y penal:

1. En el orden civil:

- No tienen atribuciones en primera instancia.
- En fase de recursos, conoce de los que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia en materia civil por los Juzgados de Primera Instancia de su provincia.
- De la anulación de laudos arbitrales en los casos que procede conforme a la Ley 36/88 reguladora del Arbitraje.

2. En el orden Penal:

- En única instancia, del enjuiciamiento (conocimiento y fallo) de las causas por delitos no atribuidos a otros órganos de este orden.
- En fase de recursos, aquellos que establezca la ley contra resoluciones dictadas en primera instancia en materia penal por los Juzgados de Instrucción en juicios por faltas, los Juzgados de lo penal de su respectiva provincia y los Juzgados de Menores.
- Además de los recursos legales previstos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas y del régimen disciplinario, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional⁶³.
- También en el ámbito de las Audiencias Provinciales o de los Tribunales competentes por razón del aforamiento del acusado (TSJ o TS), se celebra el juicio del Jurado, con la participación de Jurados legos, para el enjuiciamiento de los delitos que establece la LO 5/1995 de 23 de mayo del Tribunal del Jurado.

B) ORGANOS UNIPERSONALES

6) JUZGADOS

I. Juzgados de Paz. (arts.99-103 LOPJ)

Son los órganos jurisdiccionales inferiores en grado o categoría, se

⁶³ Art.82.1.3º de la LOPJ nueva redacción por L.O. 5/2003, de 27 de mayo.

encuentran ubicados en cada municipio (o agrupación de municipios) salvo que ya exista un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que asuma sus funciones. De contenido elemental y pacificador, de donde viene su nombre, con amplios precedentes históricos relacionados al nombre de Justicia Municipal, por estar unida durante bastante tiempo a la organización municipal, con precedentes en el Fuero Juzgo y en las Partidas. La Constitución de 1812 dispuso que el alcalde de cada pueblo ejerciera en él el oficio de conciliador, y en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 se hablaba de jueces y juicios de paz a cargo de los alcaldes y tenientes de alcalde. La aparición del Juez de Paz, tuvo lugar en el Decreto-Ley de 22 de octubre de 1855, y en la ley orgánica de 1870 adoptó el nombre de juez municipal. Siguiendo, como en otras muchas cuestiones, a la legislación francesa en 1944, se creó en España, una nueva organización de la Justicia Municipal, creando al lado de los Juzgados de Paz, los Juzgados Comarcales y Municipales, servidos por personal técnico, y con mayor contenido en sus atribuciones, que con el tiempo se convirtieron en los Juzgados de Distrito. La experiencia no puede decirse que fuera un éxito, y en el vecino país, se suprimió en 1958, y en el nuestro la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985 hizo lo propio, volviendo al antiguo sistema de los jueces lego, conciliadores, y de contenido resolutorio elemental.

Realizan una importante función en materia de auxilio judicial, cumplimentando multitud de diligencias ordenadas por Juzgados y Tribunales superiores.

Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán elegidos por el Pleno del Ayuntamiento, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, entre las personas que, reuniendo las condiciones legales, así lo soliciten. Si no hubiere solicitante, el Pleno elegirá libremente.

Podrán ser nombrados Juez de Paz, tanto titular como sustituto, quienes, aun no siendo licenciados en Derecho, reúnan los requisitos establecidos en esta Ley para el ingreso en la Carrera Judicial, y no estén incursos en ninguna de las causas de incapacidad o de incom-

patibilidad previstas para el desempeño de las funciones judiciales, a excepción del ejercicio de las actividades profesionales o mercantiles.

Los Jueces de Paz serán retribuidos por el sistema y en la cuantía que legalmente se establezca, y tendrán dentro de su circunscripción, el tratamiento y precedencia que se reconozcan en la suya a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción.

Los Jueces de Paz conocen:

a) En el orden Civil:

- De la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine. El art.47 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero les atribuye el conocimiento de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros, siempre que los mismos no recaigan sobre alguna de las materias a las que se refiere el apartado 1 del art.250 de dicha Ley.
- Cumplen también funciones de registro civil por delegación del Juzgado de 1ª Instancia de su partido Judicial y las demás que la ley le atribuya.

b) En el orden Penal:

- De los juicios de faltas que le atribuya la ley (Ver art.14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- Así mismo puede intervenir en actuaciones penales de prevención o por delegación.

II. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

Existen en la capital de cada partido judicial, unidad territorial formada por uno o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma provincia, y puede haber uno o más según el volumen de asuntos y disponibilidades presupuestarias. Toman su designación del municipio de su sede y extiende su jurisdicción a todo el partido que es su ámbito territorial. En poblaciones donde hay más de uno, se numeran correlativamente con números cardinales a medida que se van creando.

En principio, tiene atribuidas funciones de forma simultanea en asuntos civiles y penales, y así se conservan todavía en los partidos judiciales con menor volumen de asuntos. No obstante, de conformidad con la LDYP pueden establecerse como órganos diferenciados y es lo que normalmente ocurre en grandes capitales y en núcleos importantes de población.

a) **En el orden civil** conocen como **Juzgados de Primera Instancia:** (art.85 LOPJ)

- *En primera instancia*, de todos los juicios que no vengan atribuidos a otros Juzgados o Tribunales de este orden. La regla general, es la de conocimiento de todos los procedimientos civiles, ordinarios o especiales.
- *En fase de recursos*, de los que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz de su partido, al resolver los juicios atribuidos a los mismos en el orden civil.
- Así mismo conocen de los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la ley, y están a cargo del Registro Civil (art.86 LOPJ)

b) **En el orden penal** conocen como **Juzgados de Instrucción:** (art.87 LOPJ)

- De la *instrucción* de las causas penales por delitos, cuyo conocimiento y fallo corresponda a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provinciales.
- Les corresponde así mismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley. (juicios rápidos ver art.801 LECR)
- Del *conocimiento y fallo* de las causas por faltas en que así se establezca por la ley.
- *En fase de recursos*, de aquellos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en juicios de faltas por los Juzgados de Paz de su respectivo partido.
- También conoce de los procedimientos de <<habeas corpus>>.

En la villa de Madrid podrá haber uno o más **Juzgados Centrales de Instrucción**, con jurisdicción en toda España, que instruirán las

causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, así como los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la ley.(art.88 LOPJ)⁶⁴.

III.Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. (art.90 y 91LOPJ)

Estos órganos jurisdiccionales se han empezado a implantar paulativamente a partir del año1999. Su ubicación esta prevista también en cada provincia con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, pudiendo establecerse uno o más Juzgados. Además cuando el volumen de asuntos lo requiera se podrán establecer uno o más Juzgados en las poblaciones que la ley determine. En algún municipio con competencia en un partido judicial, o con competencia en más de una provincia pero dentro de la Comunidad Autónoma respectiva.

- Conocerán en primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos contra actos que expresamente le atribuya la ley. (ver art.8 LJCA)
- Les corresponde también autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y demás edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.

En Madrid y con jurisdicción en toda España, habrá Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo que conocerán en primera o única instancia de las demandas de este orden contra actos emanados de autoridades, organismos, órganos y entidades públicas con competencia en todo el territorio nacional, en los términos que la ley establezca. (ver art.9 LJCA)

IV.Juzgados de lo Social. (arts. 92 y 93 LOPJ).

Están ubicados en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y con sede en su capital. También pueden establecerse en ciudades

⁶⁴ Art.88 de la LOPJ, nueva redacción por L.O. 2/2003, de 14 de marzo complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega.

distintas a su capital cuando lo aconsejen las necesidades del servicio o la proximidad a determinados núcleos de trabajo, delimitándose, en tal caso, el ámbito de su jurisdicción. Podrán excepcionalmente extender su jurisdicción a dos o más provincias dentro de una misma Comunidad Autónoma.

- Conocen en primera o única instancia de todos los procesos en materia laboral, que no estén atribuidos a otros órganos del mismo.

V. Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. (arts. 94 y 95 LOPJ)

En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, aunque su sede no tiene porque ser la capital de provincia.

La Ley General Penitenciaria establece que los jueces de Vigilancia Penitenciaria tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción. Podrán establecerse Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma que es prácticamente la situación normal. También podrán crearse Juzgados de Vigilancia Penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda la provincia, como es el caso de Ceuta y Melilla. El número de estos juzgados lo determina la LDYP, atendiendo principalmente a los establecimientos penitenciarios existentes y a la clase de estos. El cargo de Juez de Vigilancia Penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal.

Tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de: (art.94 1 LOPJ):

- Ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad.
- Control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias.
- Amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

En Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que tendrán las fun-

ciones jurisdiccionales anteriormente citadas y demás que señale la ley, en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional.

En todo caso, la competencia de estos Juzgados Centrales será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional⁶⁵.

VI. Juzgados de Menores. (arts. 96 y 97 LOPJ)

En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.

Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes. (L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un **Juzgado Central de Menores**, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art.96.2 LOPJ). La Disposición Adicional Cuarta de la Ley de responsabilidad penal de los menores, introducida por LO 7/2000, encomienda a dicho juzgado el enjuiciamiento de los delitos de terro-

⁶⁵Estos órganos han sido creados por la L.O.5/2003, 27 de mayo, según su exposición de motivos," con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional. Con esta medida se pretende evitar la disfunción que pudiera ocasionarse entre la centralización de la instrucción y el enjuiciamiento que corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Audiencia Nacional y el control de la ejecución de las sentencias por los jueces de vigilancia penitenciaria en un ámbito y jurisdicción diferente a la que constituye el citado tribunal."

rismo allí mencionados cuando sean cometidos por mayores de 14 años y menores de 18.

VII. Juzgados de lo Penal.

Fueron creados por la L.O. 7/88 al objeto de cumplir con el principio ya consagrado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y después desconocido, de que el Juez de Instrucción no debe de fallar. Esta legislación establece un nuevo procedimiento abreviado para el conocimiento de delitos menores, correspondiendo actualmente a los Juzgados de lo penal la decisión de las causas por delitos castigados con pena inferior a cinco años de privación de libertad. Tienen su sede en la capital de cada provincia donde podrán establecerse uno o varios. Aunque también se prevé la posibilidad de que puedan crearse fuera de la capital, en ciudades importantes, extendiendo en este caso su jurisdicción a uno o varios partidos judiciales.

Así mismo, con sede en Madrid y con Jurisdicción en toda España hay uno o varios **Juzgados Centrales de lo Penal**. También fueron creados por la L.O. 7/88 que introduce en la LOPJ el art. 89 bis, según el cual, conocerán en los casos en que así lo establezcan las leyes procesales, de las causas por delitos comprendidos en el art.65 de la LOPJ cuando la pena asignada a los mismos sea inferior a cinco años de privación de libertad. En estos casos la instrucción, como hemos visto, esta encomendada a los Juzgados Centrales de Instrucción.

6.-EL JURADO: LA PARTICIPACION POPULAR EN LA JUSTICIA.

Los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que le ley determine, según expresa el art. 125 de la Constitución. A pesar de que la Disposición Adicional Primera de la LOPJ, emplazaba al Gobierno para que en el plazo de un año remitiera a las Cortes Generales el proyecto de ley de jurado, ello no ocurrió hasta 10 años mas tarde. Finalmente la LO 5/95, de 23 de mayo, estableció no sólo el Tribunal del Jurado, sino también un nuevo pro-

ceso penal, inspirado en un régimen de doble instancia, con recurso de casación.

En nuestro país la oportunidad de su implantación siempre ha generado dudas, no existiendo acuerdo alguno sobre su procedencia, sistema a adoptar, su competencia, ni sobre su régimen jurídico, todo lo cual ha provocado históricamente constantes movimientos reformadores en uno u otro sentido.

Según señalaba PRIETO CASTRO, el Jurado en su versión original, es un conjunto de personas no pertenecientes al estamento judicial que declaran sobre la realización de los hechos reputados de punibles en un proceso y los constitutivos de circunstancias modificativas formando sus declaraciones la base de hecho sobre las que los jueces (magistrado) constituyen un juicio de derecho o calificación jurídica determinante de la parte dispositiva de la sentencia⁶⁶.

La experiencia demostró que los ciudadanos a la hora de deliberar reclamaban ayuda técnica y no querían estar solos, así como las dificultades de separar el hecho del derecho, marcó la evolución hacia el escabinado⁶⁷, en el cual los jueces legos y los técnicos forman colegio deliberando y votando conjuntamente, de manera que los magistrados aportan sus conocimientos y experiencias, uniéndose a las aportaciones de los ciudadanos que actúan como jurados, en orden a una mayor conexión social en la oportunidad del reproche que significa la penal. Cuando la evolución evidente en Europa camina hacia el escabinado, nosotros optamos por el jurado puro, lo cual como se ha señalado es un ejemplo más de la falta de sincronización de nuestro horario histórico con los demás pueblos, de manera que nueve ciudadanos elegidos por sorteo deliberan de forma aislada y secreta,

⁶⁶ Aspectos procesales de la Ley del jurado. En <<Jornadas conmemorativas del centenario de la Ley del Jurado>>, Madrid 1988, pag.26.

⁶⁷ PEREZ CRUZ, A. <<El Tribunal del jurado y el escabinado en el derecho comparado>>, en La participación popular en la administración de justicia.El Tribunal del Jurado. Edi. Montecorvo, S.A., Madrid 1992 pags.193-233.

sobre un cuestionario presentado por el magistrado presidente al cual corresponde redactar la sentencia, en el sentido marcado por el veredicto de aquellos. Tiene un ámbito de aplicación limitado a delitos concretos, de manera que su existencia es prácticamente testimonial, conociéndose ya experiencias negativas que han acentuado la crítica de la doctrina.

El jurado es un tema brillante de exposición filosófica porque va unido al avance histórico en el sistema de libertades públicas, proporciona mayor independencia y sensibilidad en el enjuiciamiento, que se aproxima al ciudadano, y le otorga confianza; pero fracasó históricamente, y en el derecho comparado se aprecia una evidente recesión⁶⁸.

En nuestro país, la Constitución de Cádiz de 19 de Marzo de 1812 encontramos los primeros antecedentes próximos de la institución, si bien en su preámbulo se refería a los precedentes en el Fuero Municipal de Toledo y en la práctica inglesa, indicando que se establecería cuando las Cortes lo estimasen oportuno. La primera experiencia lo fue en 1820, limitada a delitos relativos a la libertad de expresión, y con muy escasa significación en la realidad. Con la promulgación de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal en 1872, se trata de proporcionar mayor viabilidad a la institución, estableciendo un tribunal con doce jurados y tres magistrados, siendo el cargo obligatorio, gratuito e irresponsable, ofreciendo en la práctica tantas dificultades de funcionamiento, que fue suspendido el 3 de enero de 1875. En virtud de la ley de 20 de abril de 1888, se reinstaura el jurado en un momento político difícil. Las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de la época, reflejan los defectos e insatisfacciones producidas, suspendiéndose nuevamente por decreto del directo-

⁶⁸PEDRAZ PENALVA. *El jurado como vía de participación popular*. <<La ley>>. 2/1994, pag.1007 y ss. Señala que se pretende restaurar en España el caduco y ya fracasado juicio por jurados, a espaldas de su ya asumida evolución en países de nuestro entorno como Alemania, Francia, Italia y Portugal, pues incluso en países de dilatada tradición juradista, viene siendo objeto de una larga y extensa crítica.

rio militar gobernante el 21 de septiembre de 1923, y restableciéndose con la segunda República, el 27 de abril de 1931, con previsión de jurado especial para exigencia de responsabilidad civil y penal a jueces, magistrados y fiscales, compuesto por cinco magistrados y doce jurados. Por decreto de 9 de septiembre de 1936 se volvió a suspender su funcionamiento en la denominada <<zona nacional>> en plena contienda civil, continuando su funcionamiento en la denominada <<zona republicana>>.

Por eso en la exposición de motivos de la LO 5/95, se dice que cada periodo de libertad ha significado la consagración del jurado, y por el contrario en cada época de retroceso de libertades públicas se ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana en los asuntos públicos, reconociendo que la institución ha padecido una depuración crítica acentuada.. Sin embargo, esta afirmación no significa que su instauración sea oportuna o técnicamente aceptable para el momento presente. Las opiniones mayoritarias hasta el momento no parecen muy favorables.

7.-TRIBUNALES SUPRANACIONALES

Con base en el art. 93 de la CE y art.2.1 de la LOPJ existen también Tribunales Supranacionales que extienden su jurisdicción sobre España en virtud del concierto de un Tratado o un convenio internacional. Entre los mismos cabe destacar:

I.EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Con sede en Estrasburgo y con funciones permanentes, fue creado por el Convenio de Roma, sobre Protección de los Derechos Humanos y libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, el cual fue ratificado por España el 29 de septiembre de 1979, cuyo texto refundido, con las modificaciones introducidas por el Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1996, fue publicado por Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores (BOE núm.108 de 6 de mayo, corrección de erratas en BOE núm.140, de 12 de junio).

Su misión es velar por el respeto y la protección de todos los derechos y libertades consagrados en el citado Convenio, entre los que se incluyen importantes garantías procesales, con competencias para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del convenio y sus protocolos por las partes contratantes que se hayan sometido a su jurisdicción, o puedan someterse, pudiendo conocer de las demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, eso sí, para la admisión de las demandas deberá agotarse la vía de recursos interna en cada Estado.

Respecto a su composición, esta formado por un número de Jueces igual al de Estados firmantes del Convenio, y en el ejercicio de su función jurisdiccional actúa en:

- a) Comités, formados por tres jueces, para la admisión a trámite o rechazo de las demandas individuales.
- b) Salas, formadas por 7 jueces, deciden tanto sobre la admisibilidad de las demandas individuales como la resolución sobre el fondo de las mismas.
- c) La Gran Sala, formada por 17 jueces interviene en asuntos graves o relevantes.

II. LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

En nuestro País, como miembro de la Unión Europea tras la firma del Tratado de Maastrich el 7/2/92, posteriormente reformado por el tratado de Amsterdam de 2/10/97 con sus protocolos añejos (en vigor desde 1.5.99, BOE, de 7 de mayo), contamos entre las instituciones al servicio de la Comunidad Europea, con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (con sede en Luxemburgo), creado por los diferentes tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CECA, CEE, CEEA) para garantizar el respeto del derecho en la

interpretación y aplicación de dichos tratados y demás normativa comunitaria⁶⁹.

Esta compuesto por 15 Jueces y ocho Abogados Generales, designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años renovable, entre juristas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia. Los Jueces, eligen entre ellos al Presidente por un periodo de tres años renovables, el cual tiene encomendado la dirección de los trabajos y servicios del Tribunal y la presidencia de las vistas y deliberaciones. Los Abogados Generales cumplen funciones de asistencia al Tribunal ayudándole a cumplir su misión, en concreto están encargados de presentar públicamente y con toda imparcialidad las conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal.

Para llevar a cabo su tarea, se le han atribuido, entre otras, amplias competencias jurisdiccionales, a través del conocimiento de diversos <<recursos>>, como el de anulación, por el que se permite a los Estados miembros, al Consejo, o la Comisión y en determinadas condiciones al Parlamento, solicitar la anulación de una disposición

⁶⁹ Hemos de tener en cuenta que el TRATADO DE NIZA de 26 de febrero de 2001, modifica el Tratado de la Unión Europea y los Tratados de las Comunidades Europeas, lo cual afectará de manera importante a nuestra actual estructura judicial comunitaria. Contiene además un Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia. Entrará en vigor una vez que los 15 Estados lo ratifiquen de acuerdo con sus procedimientos Constitucionales respectivos. En nuestro país el proceso de ratificación se haya en curso en estos momentos. Entre las reformas se prevé que el TJUE sea el competente para conocer con carácter general los recursos prejudiciales y el garante de la unidad de la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, mientras que el TPI será juez de Derecho común en materia de recursos directos. Se prevé así mismo la creación de salas jurisdiccionales que conocerán contenciosos muy especializados.

comunitaria, y a los particulares, solicitar la anulación de actos jurídicos que les afecten directa o individualmente; o el recurso por omisión de actuación, para controlar la legalidad de la falta de actuación del Parlamento, el Consejo o la Comisión y sancionar su silencio o pasividad. Los Estados miembros, demás Instituciones de la Comunidad, y en determinadas condiciones, las personas físicas o jurídicas pueden recurrir ante el Tribunal a fin de hacer constar dicha infracción; o el recurso por incumplimiento para controlar cómo respetan los Estados miembros las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario. Pueden iniciarlo, bien la Comisión (caso más frecuente), o bien un Estado miembro, y de estimarse el Estado en cuestión queda obligado a adoptar las medidas necesarias para poner fin a dicho incumplimiento; o el recurso en materia de responsabilidad contractual por daños causados por Instituciones comunitarias o sus agentes en el ejercicio de sus cargos.

Tiene además funciones consultivas, y conoce asimismo del recurso de prejudicialidad a requerimiento de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sobre la interpretación del derecho comunitario surgida en un proceso pendiente en aquéllos.

También pueden actuar como Tribunal Arbitral. El Reglamento del procedimiento del TJCE es de 4 de diciembre de 1974, con modificaciones en 1979 o en 1991 entre otras.

B) EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Para hacer frente a la cada vez mayor afluencia de asuntos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se vio ampliado por el Acta Unica Europea de 1986 a otro órgano jurisdiccional, el Tribunal de Primera Instancia, creado por Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988, el cual comenzó a funcionar el 31 de octubre de 1989.

Esta compuesto por 15 Jueces, nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años

renovables.

Este Tribunal juzga en primera instancia determinados asuntos, como por ejemplo, los recursos de anulación, recursos por omisión y recursos de indemnización, interpuestos contra la Comunidad por personas físicas o jurídicas; los recursos interpuestos contra la Comisión en virtud del Tratado CECA por las empresas o asociaciones de empresas; y los litigios entre la Comunidad y sus funcionarios y agentes. Así mismo se prevé frente a las resoluciones de este órgano un recurso de casación ante el TJCE limitado a las cuestiones de derecho. Su Reglamento de procedimiento es de 2 de mayo de 1991, posteriormente modificado en el 94 y 95.

III.EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

En el seno de la Conferencia diplomática de plenipotenciarios de Naciones Unidas celebrada en Roma el 17 de julio de 1998 se aprobó el Estatuto de la Corte penal Internacional, mediante el cual, quedo formalmente constituido para el enjuiciamiento a dicho nivel, de los crímenes más graves contra la comunidad internacional como los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio cometidos por individuos nacionales de los Estados firmantes del Estatuto de Roma con independencia de su cargo, siendo a diferencia de sus precedentes de Nurember, Tokyo, exYugoslavia o Ruanda, un órgano de carácter permanente y no retroactivo.

En la actualidad, esta concebido como un órgano internacional con personalidad jurídica propia y no como órgano de la O.N.U. aunque en el propio Estatuto prevé la conclusión de un futuro acuerdo de vinculación de la Corte con la Organización Internacional. El Estatuto consta de un preámbulo, y 128 artículos estructurados en 13 partes.

El 1 de Julio de 2002 ha comenzado a funcionar oficialmente, tras haber sido ratificado por 60 países, entre los que no se encuentran paradójicamente países como EEUU. España lo suscribió el 18 de julio de 1998 y lo ratificó mediante Ley Órgánica el 4 de octubre de 2002, convirtiéndose su jurisdicción en obligatoria de forma automá-

tica desde dicho momento impidiéndose conforme al artículo 120 del Estatuto cualquier reserva posterior sobre su articulado, sin que sea necesario para su aceptación ningún consentimiento adicional del Estado como venia siendo costumbre en el pasado.

Es de destacar que este Tribunal no sustituye a las jurisdicciones penales de cada Estado firmante, sino que su jurisdicción se ejercerá de manera subsidiaria, cuando el Estado competente no este dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente.

Respecto a su organización para el ejercicio de sus funciones, la Corte se estructura en tres secciones:

a) La sección de Cuestiones Preliminares entre cuyas funciones cabe destacar, la autorización o denegación del inicio de las investigaciones, dictar ordenes de detención, prisión provisional o extradición, confirmar los cargos, elevando las actuaciones a la Sección de Primera Instancia para su enjuiciamiento.

b) La sección de Primera instancia, a la que corresponde el enjuiciamiento de los acusados.

c) La sección de Apelaciones para la resolución de los correspondientes recursos que se interpongan frente a la resoluciones de la sección de cuestiones preliminares o las sentencias de la sección de primera instancia.

8.-AUXILIO JUDICIAL Y COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El correcto desarrollo de la actividad de los Tribunales exige, en muchas ocasiones, la práctica de diligencias o actuaciones fuera de la sede judicial y por órganos, instituciones, y personas distintas al órgano judicial donde se está tramitando el proceso, a quienes, en consecuencia ha de solicitarse el auxilio que resulte necesario para el

ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La propia Constitución en su art.118 establece la obligación general de prestar la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto y a tal fin la ley habilita a los órganos judiciales para reclamar dicha colaboración de todos, ya sea de otros órganos judiciales, entidades públicas o privadas y personas en general(art.17.1, 469.1 LOPJ)

A) AUXILIO JUDICIAL

I. Cooperación o auxilio judicial interno

En orden al auxilio recíproco de jueces y tribunales y facilitación del propio servicio de la Administración de Justicia, se impone la obligación de cooperación jurisdiccional dentro del territorio nacional, dividido en circunscripciones territoriales que limitan las facultades de actuación de cada tribunal. Y así esta establecido con carácter general en la LOPJ (art. 273), en la LEC (art. 169) y en la LECR (art.183) y en el Reglamento del CGPJ 5/95 de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (art.60), la obligación entre Jueces y Tribunales de prestarse recíproco auxilio en las actuaciones, que habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica.

Se recoge tal obligación para cuando deba de practicarse una actuación o diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal o dentro de ella, por uno distinto del que la hubiere ordenado, o cuando la actuación deba de realizarse fuera del término municipal en que tenga su sede el Tribunal o esta fuere de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal (274.1 LOPJ).

Como excepción a esta regla general la LOPJ (art.275) también se prevé, por un lado, que los jueces penales puedan realizar cualquier diligencia urgente o conveniente para la instrucción penal de un asunto, fuera del territorio de su jurisdicción, sin necesidad de requerir dicho auxilio, si el lugar se halla próximo, pero dando inmediata noticia al juez competente del correspondiente territorio. E incluso se prevé que jueces o Tribunales de otros ordenes, puedan realizar dili-

gencias de instrucción penal o de prueba (art.129.3 LEC) fuera del territorio de su jurisdicción, siempre que no se perjudique la competencia del juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal. El art.169.4 únicamente permite acudir al auxilio judicial para la realización de actos de prueba, tales como el interrogatorio de las partes, declaración de testigos y ratificación de peritos, fuera de la sede del juzgado o Tribunal que este conociendo del asunto cuando resulte imposible o muy gravosa su comparecencia ante la misma.

En la LEC y en sus arts. 170 y siguientes se regula la forma concreta de prestación de esta colaboración a través de los exhortos, cual ha de ser su contenido, las reglas para su cumplimiento (art.173 LEC), y la posibilidad de intervención de las partes en el mismo (art.174 LEC), y su devolución por el órgano exhortado (art. 175 LEC). El art.171 establece que: "El auxilio judicial se solicitará por el tribunal que lo requiera mediante exhorto (expedido y autorizado por el Secretario Judicial) dirigido al tribunal que deba prestarlo y que contendrá:

- La indicación del órgano exhortante y del órgano exhortado
- La indicación del asunto que motiva la expedición del mismo
- La designación de las personas que sean parte en el asunto, así como sus representantes y defensores.
- Las actuaciones cuya práctica se interesan
- Y en su caso el termino o plazo en que hayan de practicarse, así como los documentos que fueran precisos acompañar para su cumplimiento.

El órgano al que corresponde prestar el auxilio, será él de igual grado del lugar en cuya circunscripción deba practicarse, o si no existiera, el de grado inferior. En este sentido el art. 170 LEC establece que: " Corresponderá prestar el auxilio judicial al Juzgado de Primera Instancia del lugar en cuya circunscripción deba practicarse. No obstante lo anterior, si en dicho lugar tuviera su sede un Juzgado de Paz,

y el auxilio judicial consistiere en un acto de comunicación, a éste le corresponderá practicar la actuación.

La petición de cooperación habrá de efectuarse siempre directamente, sin intermediarios (art. 274.2 LOPJ), por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción (art.172.1 LEC). Sin embargo también se prevé la posibilidad de que la parte interesada en su cumplimiento, si así lo solicitara, se le sea entregado para su presentación ante el órgano exhortado en los cinco días siguientes(art.172.2 LEC).

II. Cooperación o auxilio judicial internacional

a) Auxilio internacional activo (peticiones de órganos judiciales españoles a extranjeros)

Su regulación se encuentra en los arts.276 LOPJ, 177 LEC, 193 LECR, según la cual las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero se cursarán en la forma que establezcan los Tratados internacionales sobre la materia, pudiendo efectuarse las peticiones, bien por vía consular o diplomática (art.276 LOPJ), o bien directamente con el órgano jurisdiccional extranjero. Esto último es lo que ocurre por ejemplo entre países integrantes de la Union Europea. (Reglamento (CE) num. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en vigor desde el 31 de marzo de 2001). En ausencia de tratados internacionales habrá de estarse a la regulación interna.

En el caso de que la diligencia vaya dirigida a un demandado español residente en el extranjero, podrá ser ejecutada por el Jefe de la Oficina Consular española, o en su caso, el Jefe de la Misión Diplomática de la demarcación donde deba practicarse, siempre que a ello no se opongan las leyes del país de residencia.

Si el demandado fuera extranjero, las copias de la demanda y de los documentos irán redactadas en castellano.

b) Auxilio Internacional pasivo (peticiones de órganos judiciales extranjeros a españoles)

Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad según lo previsto en el artículo 278 de la LOPJ. (Art. 277 LOPJ, art.177.2 LEC y 194 LECR.).

Son manifestaciones concretas de la cooperación jurisdiccional internacional:

- La extradición: es un acto para la solicitud por parte de un Estado a otro de entrega de una persona a la que se imputa un delito, o que ha sido condenada y en virtud de lo dispuesto en los Tratados internacionales. Es activa cuando la proponen los Tribunales españoles y su régimen jurídico está regulado en los arts. 824 y ss de la LECR. Es Pasiva la que se solicita al Estado español, y cuya concesión está supeditada a la decisión que se adopte en el procedimiento judicial que al efecto debe incoarse.

En el ámbito de la Unión Europea, en aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere y en cumplimiento del mandato encomendado a la Unión por el Tratado de Amsterdam de crear un espacio común de libertad, seguridad y justicia, el 13 de Junio de 2002 se adoptó por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE 190/1, de 17 de julio), estableciendo la obligación de sustituir los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento, La Euro orden u orden europea de detención y entrega destinada precisamente a la entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. En este contexto ha sido aprobada la Ley 3/2003, de 14 de marzo (BOE nº 65 de 17 de marzo) sobre la orden europea de detención y entrega, articulando un procedimiento en torno a un modelo de resolución

judicial unificado a escala de la Unión, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta. Igualmente, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro.

- Las comisiones rogatorias. Se trata de comunicaciones dirigidas por las autoridades judiciales de un Estado a otro con el fin de practicar determinadas diligencias.
- Comunicación de antecedentes penales
- Denuncias a fines procesales
- El derecho de Asilo

B) COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Cuando se precisa la colaboración de otros órganos o autoridades no judiciales públicas o privadas, los instrumentos para su requerimiento varían:

Se utilizará la fórmula de **mandamiento**, como acto de comunicación para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación o diligencia judicial, cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, mercantiles, de buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, Corredores colegiados de Comercio o Agentes del Juzgado o Tribunal, o funcionarios de la policía judicial que estén a las ordenes de los mismos. (arts. 149.5 LEC y art. 186 LECR)

Cuando los actos de comunicación se dirijan a autoridades o funcionarios distintos a los mencionados respecto a los mandamientos, se utilizará la forma de **oficio o exposición**. (arts. 149.6 LEC y 187 LECR). Respecto a estos últimos, la nueva LEC no los menciona, sin embargo el art.196 de la LECR establece que los Jueces y Tribunales se dirigirán en forma de exposición, por conducto del Ministerio de Justicia, a los cuerpos Colegisladores y a los ministros. Y el art.195 de la LECR establece que los Jueces y Tribunales se comunicarán

con las Autoridades, funcionarios, agentes y Jefes de fuerza armada que no estén bajo sus ordenes inmediatas por medio de <<atentos oficios>>.

Respecto a la forma de llevarse a cabo el art.167 de la LEC establece que los mandamientos y oficios se remitirán directamente por el tribunal que los expida a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, pudiendo utilizarse medios electronicos, informaticos y similares a los que se refiere el art.162 e incluso las partes que así lo soliciten podrán diligenciarlos personalmente no obstante deberán satisfacer los gastos que requiera su cumplimiento.

**V.
PERSONAL
JURISDICCIONAL, AUXILIAR
Y COOPERADOR**

1. PERSONAL JURISDICCIONAL

A) Los **jueces y magistrados**, forman la denominada **carrera judicial** (art. 298 LOPJ) que está integrada por tres categorías:

-Magistrado del Tribunal Supremo.

-Magistrado.

-Juez.

El ingreso puede producirse por cualquiera de ellas; en la de juez se puede ingresar por *oposición libre*⁷⁰ o en concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia. La Escuela Judicial, y la práctica en un organismo jurisdiccional, espera a los aspirantes a jueces que hayan superado la oposición o el concurso (art. 307 LOPJ).

Los que superen el curso teórico y práctico serán nombrados jueces por el orden de la propuesta hecha por la propia Escuela Judicial. El nombramiento se extenderá por el Consejo General del Poder judicial, mediante orden, y con la toma de posesión quedarán investidos de la condición de Juez.

Cuando el número de aspirantes aprobados sea superior a las vacantes efectivamente existentes, aquellos que no pudiesen ser nombrados jueces titulares de órganos judiciales ingresarán igual-

⁷⁰Tras la reforma operada en la LOPJ por LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de justicia, el art.301.2 de la LOPJ establece respecto a la convocatoria de la oposición que : "la convocatoria para el ingreso en la carrera judicial, que se realizará conjuntamente con la de ingreso en la Carrera Fiscal, comprenderá todas las plazas vacantes existentes en el momento de la misma y un número adicional que permita cubrir las que previsiblemente puedan producirse hasta la siguiente convocatoria. Los candidatos aprobados, de acuerdo con las plazas convocadas, optarán, según el orden de puntuación obtenida, por una u otra carrera en el plazo que se fije por la Comisión de la Selección."

mente en la carrera judicial en expectativa de destino, tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial al que quedarán adscritos para ejercer las sustituciones en los supuestos previstos en los arts. 212.2 y 216 y 216 bis.(art.308 LOPJ)⁷¹.

A las otras dos se accede bien por ascenso, entre miembros de la carrera judicial, bien por concurso entre juristas, también de reconocida competencia, que constituyen el denominado y conflictivo "cuarto turno" sistema ya conocido en nuestra legislación histórica, y que había fracasado, como lo ha sido, en esta nueva experiencia, porque no se pueden implantar sin más, lo que funciona bien en otros países, cuando faltan los condicionantes que se dan en aquéllos.

Existe un Reglamento núm. 2/1995, de 7 de junio, de la Escuela Judicial, modificado por Acuerdo reglamentario 1/2002, de 8 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Las condiciones de capacidad, van referidas a la concurrencia de unos requisitos:

- a) De edad y nacionalidad, requiriéndose ser español y mayor de edad.
- b) De conocimientos técnicos, que se concretan en la licenciatura en Derecho para la oposición, y además de "reconocida competencia" para el concurso.
- c) De capacidad física y aptitud moral, ya que el art. 303 de la LOPJ comprende las negativas, de los impedidos física o psíquicamente, los condenados por delitos dolosos no rehabilitados, los procesados por delitos dolosos en tanto no concluya la causa sin declaración de responsabilidad, y los que no estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

La selección del personal judicial, es posiblemente el tema más interesante, de cuantos afectan a la Administración de Justicia, porque el complejo mecanismo jurisdiccional está manejado por personas, y de

poco sirven unas leyes procesales perfectas, si no estamos formados y mentalizados en la auténtica tarea a desarrollar. CALAMANDREI⁷² afirmó que el problema de la Administración de Justicia depende de los hombres y no de las leyes, y COUTURE⁷³ va más allá al supeditar el valor de todo el derecho a lo que valgan los jueces como hombres. ALCALÁ-ZAMORA⁷⁴ estima que para que el proceso rinda en la práctica los frutos de su construcción teórica es indispensable contar con una magistratura y una abogacía que además de poseer una elevada preparación técnica, sean cuerpos animados del más alto espíritu de caballería profesional y en segundo término disponer de un procedimiento que satisfaga las exigencias de rapidez, justicia, economía y eficacia.

El juez ha de estar preparado, para que en su cometido pueda atender a los tres órdenes que COUTURE, consideraba precisos:

- a) El de independencia, para que sus fallos no sean una consecuencia del hambre, o del miedo.
- b) El de autoridad, para que sus fallos no sean simples consejos o divagaciones académicas, que el poder ejecutivo pueda desatender a su antojo.
- c) Y el de la responsabilidad para que la sentencia no sea un ímpetu de la ambición, del orgullo o de la soberbia, sino de la conciencia vigilante del hombre frente a su propio destino.

Es una obligación fundamental de los poderes públicos en cada momento histórico el conseguirlo, o luchar por acercarse a tales planteamientos, pues de otra forma estará haciendo un flaco servicio a la sociedad a la que pretende servir.

La LOPJ recoge sus derechos y deberes, incompatibilidades y prohibi-

⁷² CALAMANDREI. *También los jueces son hombres*. "Rev. de la Facultad de Derecho de México" VI-1956, pág. 66.

⁷³ COUTURE. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires. 1953, pág. 76.

⁷⁴ ALCALÁ-ZAMORA. *Proceso, autocomposición*. Pág. 119.

⁷¹ Nueva redacción dada por la Disposición adicional primera de la L.O 9/2002, de 10 de diciembre.

ciones, la abstención y la recusación⁷⁵ así como su responsabilidad⁷⁶.

⁷⁵ Con el fin de proteger la imparcialidad judicial el juez tiene obligación de abstenerse de conocer cuando concurras las causas establecidas al efecto, y si no lo hiciera las partes podrán recusarlos, así como el Ministerio Fiscal ya que se trata de un tema de notorio interés público (art.217 LOJ).

Son causas de abstención y, en su caso, de recusación establecidas en los arts 219 y 220 de la LOPJ:

1º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

2º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3º Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitiendo dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o interviniendo en él como Fiscal, perito o testigo.

6º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7º Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

8º Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

9º Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

10º Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

11º Ser una de las partes subordinada del Juez que deba resolver la contienda litigiosa. (Art. 219 LOPJ)

Será también causa de abstención y, en su caso, de recusación en los procesos en que sea parte la Administración Pública, encontrándose el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizando el hecho por razón de las cuales se sigue el proceso, en alguna de las circunstancias mencionadas en los números 1 al 8 y 11 del artículo anterior. (Art. 220) La abstención será motivada, y se comunicará a la Sala de Gobierno del Tribunal, que puede decidir sobre la oportunidad de la misma, y si no la estimare justificada ordenará al juez que continúe con el conocimiento del asunto, sin perjuicio de las partes a hacer valer la recusación.

La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la

En aras a la consecución de convertir a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en ley procesal común, eliminando de la LOPJ aquellas normas procesales, inadecuadamente ubicadas en una norma orgánica, ha justificado el legislador la oportunidad de regular, en su vertiente estrictamente procedimental el instituto de la abstención y recusación. Dicha regulación se encuentra en los arts 101 a 119 de la NLEC, declarados por el momento sin aplicación por la D.F. 17ª de la propia LEC en tanto en cuanto no se modifique la LOPJ y se hagan desaparecer de este cuerpo legal los arts 221 y siguientes donde se contiene su actual regulación⁷⁷.

B) Jueces y Magistrados no pertenecientes a la carrera judicial:

El art.298.2 establece que: "También ejercen funciones jurisdiccionales, sin pertenecer a la Carrera judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los Magistrados suplentes, los que sirven plazas de Jueces en régimen de provisión temporal o como sustitutos, y los

causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuera anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite.

⁷⁶ Los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones pueden incurrir en responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

Responsabilidad civil, por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurriesen en dolo o culpa (art. 411) a instancia del perjudicado o sus causahabientes, después de la conclusión del proceso en el que se suponga se produjo el agravio, utilizando todos los recursos propios del mismo (art. 411 y 412).

La responsabilidad disciplinaria, por las faltas que puedan cometer, previstas en los arts. 417, 418 y 419, previa la incoación del correspondiente expediente.

La responsabilidad penal, por los delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones (art. 405) y que tiene la particularidad de la especialidad procedimental, y del fuero.

⁷⁷ Así mismo, tampoco será de aplicación la D.F. undécima 2, que viene a reformar la Ley de Procedimiento Laboral en esta materia unificando su regulación al remitir la tramitación procedimental de estos incidentes a lo establecido en la NLEC, ni la D.F. duodécima, 1,2,3,4 respecto a la reforma de la LECR, en esta materia.

Jueces de Paz y sus sustitutos. Su existencia viene justificada para atender situaciones imprevistas o excepcionales y evitar dilaciones en las tramitaciones de asuntos y en consecuencia cubrir vacantes o ausencias de los titulares de los juzgados o Magistrados de alguna Sala, cuando estos no puedan sustituirse por ninguno de los métodos ordinarios previstos en la ley (207 a 211 LOPJ) entre miembros de la propia carrera judicial.

a) Los Magistrados suplentes:

A ellos se refieren los arts.200 a 202 de la LOPJ. Podrá haber en todos los órganos Colegiados una relación de Magistrados suplentes que serán llamados, por su orden dentro del orden u órdenes jurisdiccionales para los que hubieren sido nombrados, a formar las Salas en los casos en que por Circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquellas.

El Consejo General del Poder Judicial es el que elabora dicha relación al iniciarse el año judicial a propuesta de las Salas de Gobierno correspondientes (art.200.2 LOPJ).

El cargo es remunerado y solo podrá recaer en las personas y en las condiciones a las que se refiere el art.201 de la LOPJ.

b) Jueces sustitutos:

Su existencia esta prevista en el art.212.2 LOPJ para suplir la falta del titular de un juzgado, por existir un único Juzgado en la localidad, incompatibilidad de señalamientos, por la existencia de vacantes numerosas o por otras circunstancias análogas. Serán nombrados en la misma forma prevista para los Magistrados suplentes y sometidos a su mismo régimen jurídico.

Hemos de tener en cuenta que los jueces en expectativa de destino tendrán preferencia sobre los jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los art.212.2, 216 y 216 bis de la LOPJ (Ver art..308.2 LOPJ)

c) Jueces de Provisión temporal:

Regulados en los arts.428 a 433 de la LOPJ, están previstos para cubrir las vacantes desiertas en los concursos hasta que estas se cubran por los procedimientos ordinarios. Podrán formar parte aquellos licenciados en derecho que lo soliciten y que reúnan los demás requisitos exigidos para el ingreso en la carrera judicial y serán nombrados por la Sala de Gobierno del Tribunal superior de Justicia correspondiente por un año, prorrogable por otro mas⁷⁸.

d) Jueces de Paz y sus sustitutos:

A ellos ya nos hemos referido al tratar los órganos jurisdiccionales.

2.-EL GOBIERNO DE LOS JUECES

La independencia en el ejercicio de la función de los jueces y magistrados, es compatible con su necesario gobierno que se articula a través de los órganos a que se refiere el art. 104 y siguientes de la LOPJ:

1. El Consejo General del Poder Judicial.

2. Las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.

1. Los Presidentes de los Tribunales (TS, TSJ) y de las Audiencias (AN Y Aps).
2. Los Presidentes de las Salas de justicia del TS, TSJ, AN.
3. Los Titulares de cada Juzgado.
4. Los Jueces Decanos
5. Las Juntas de Jueces

⁷⁸ MONTERO AROCA y Otros. *Derecho Jurisdiccional I*, parte General. 11ª Ed., Valencia 2002, pág.158. Considera inadmisibile que lo excepcional se haya convertido en algo habitual, dejandose sin contenido al sistema ordinario de sustituciones, y poniendo en manos de un órgano administrativo el nombramiento de jueces que carecen de verdadera inamovilidad, con lo que se pone en grave riesgo la independencia.

El Consejo General del Poder Judicial, aparece en el art. 122.3 de la Constitución, y responde a la idea de apartar, de separar de la Administración, su gobierno, como una garantía de su independencia, y para asumir una buena parte de las funciones que venía ejerciendo el Ministerio de Justicia.

- *Composición y designación:*

Está integrado por el Presidente del T.S. que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por un período de cinco años por el Rey, mediante Real Decreto refrendado por el Ministro de Justicia, previa propuesta formulada conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.(art.111 LOPJ). El procedimiento para dichos nombramientos viene establecido en los art.112 a 116 de la LOPJ conforme a la nueva redacción dada por la LO 2/2001, de 28 de junio.

Normativa que tiene su origen en el citado art.122.3 de la CE, el cual respecto al nombramiento de sus miembros prevé, que de los 20 vocales, doce sean designados entre Jueces y Magistrados de todas las categorías Judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

El desarrollo de tal idea, ha originado diversos problemas, sobre todo en relación con la elección de los 12 vocales pertenecientes a la carrera judicial. En la L.O 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, la votación correspondía a los propios miembros de la carrera judicial; a partir de la promulgación de la LOPJ de 1985, todos los vocales debían ser elegidos por las Cámaras, lo que suscitó el planteamiento de su inconstitucionalidad que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencia de 29 de julio de 1986, reconociendo su constitucionalidad aunque advirtiendo de los riesgos de tal sistema. Por la citada LO 2/2001, de 28 de junio, se ha vuelto a alterar el sistema, en cuanto que las Cámaras eligen los doce

vocales, pero de entre los candidatos presentados por los propios jueces y magistrados en el modo previsto en el art.112 de la LOPJ. Los ocho vocales restantes ya hemos visto que son elegidos por las Cámaras entre abogados y juristas de reconocida competencia con más de 15 años en el ejercicio de su profesión.

- *Organización*, el CGPJ se articula en diversos órganos:

- El Presidente, que es a la vez el Presidente del TS siendo la Primera autoridad judicial de la Nación. Es nombrado por el Rey a propuesta del propio Consejo, por mayoría de tres quintos, entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional (art.123 LOPJ). Sus funciones vienen establecidas en el art.125 de la LOPJ.

- *El Vicepresidente*, será propuesto por el pleno entre sus Vocales por mayoría de tres quintos y nombrado por el Rey. Sustituye al Presidente en supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo legítimo y desempeña las demás funciones que le atribuya la ley (art.124 LOPJ).

- El Pleno, constituido por el presidente y los vocales, aunque para su válida constitución basta un mínimo de 14 miembros, con asistencia del Presidente o de quien legalmente le sustituya (art.129). Sus funciones vienen especificadas en el art.127 LOPJ.

- Y las *comisiones* previstas en la LOPJ o que puedan crearse reglamentariamente (art.122, 130 a 136 LOPJ)

- Sus *funciones* con carácter general están recogidas en los arts. 107 a 110 de la LOPJ y son las siguientes:

1. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
2. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional cuando así proceda.
3. Inspección de Juzgados y Tribunales.
4. Formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.

5. Nombramiento mediante Orden de los Jueces y presentación a Real Decreto, refrendado por el Ministerio de Justicia, de los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes y Magistrados.

6. Nombramiento de Secretario general y miembros de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo.

7. Ejercicio de las competencias relativas al Centro de Estudios Judiciales que la ley le atribuye.

8. Elaboración y aprobación del anteproyecto de presupuesto del Consejo.

9. Potestad reglamentaria en los términos previstos en el artículo 110 de esta Ley.

10. Publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

11. Aquellas otras que le atribuyen las leyes. (Art. 107)

12. Informar sobre los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente a alguna de las materias a las que se refiere el art.108 (Demarcaciones judiciales, estatuto orgánico de jueces y magistrados, secretarios y demás personal al servicio de la Administración de justicia, normas procesales, leyes penales y sobre régimen penitenciario etc..).

13. Audiencia para el nombramiento por el Gobierno del Fiscal General del Estado.

14. Elaboración anual de una memoria sobre el estado, funcionamiento y actividad del propio Consejo y de los órganos jurisdiccionales a elevar a las Cortes

Las Salas de Gobierno, funcionan en todos los órganos jurisdiccionales colegiados menos en las Audiencias Provinciales y sus miembros son elegidos por el procedimiento establecido en el art. 151 de la LOPJ.

La Sala de Gobierno del TS ejerce sus atribuciones en el propio Tribunal; la de la AN además se extienden sobre los Juzgados Centrales y a su respectiva composición se refiere el art.149.1. *La de los Tribunales Superiores de justicia* también se extiende sobre los

Juzgados y Audiencias radicadas en su respectiva Comunidad Autónoma y su composición está prevista en el art.149.2.

Las Salas de Gobierno con carácter general asumen las *atribuciones gubernativas* propias de sus respectivos tribunales y en concreto el art.152 les atribuye las siguientes:

1. Aprobar las normas de reparto de asuntos entre las distintas Secciones de Cada Sala.

2. Establecer anualmente con criterios objetivos los turnos precisos para la composición y el funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal y fijar de modo vinculante las normas de asignación de las Ponencias que deban turnar los Magistrados.

3. Adoptar, con respeto a la inamovilidad judicial, las medidas necesarias en los casos de disidencia entre Magistrados que puedan influir en el buen orden de los Tribunales o en la Administración de Justicia.

4. Completar provisionalmente la composición de las Salas en los casos en que, por circunstancias sobrevenidas, fuera necesario para el funcionamiento del servicio, siempre en perjuicio de respetar el destino específico de los Magistrados de cada Sala.

5. Proponer motivadamente al Consejo General del Poder Judicial a los Magistrados suplentes en los términos previstos en dicho apartado.

6. Ejercer las facultades disciplinarias sobre Magistrados en los términos establecidos en esta Ley.

7. Proponer al Presidente la realización de las visitas de inspección e información que considere procedentes.

8. Promover los expedientes de jubilación por causa de incapacidad de los Magistrados, e informarlos.

9. Elaborar los informes que le solicite el Consejo General del Poder Judicial y la Memoria anual expositiva sobre el funcionamiento del Tribunal, con expresión detallada del número y clase de asuntos iniciados y terminados por cada Sala, así como de los que se hallaren pendientes, precisando el año de su iniciación, todo ello referido al 31 de diciembre. La Memoria deberá contener, en todo caso, la indicación de las medidas que se consideren

necesarias para la corrección de las deficiencias advertidas.
10. Proponer al Consejo General del Poder Judicial la adopción de las medidas que juzgue pertinentes para mejorar la Administración de Justicia en cuanto a los respectivos órganos jurisdiccionales.

11. Recibir el juramento o promesa legalmente prevenidos de los Magistrados que integran los respectivos Tribunales y darles posesión.

12. Impulsar y colaborar en la gestión económica en el Tribunal y, en general, cumplir las demás funciones que las leyes atribuyan a los órganos de gobierno interno de los Tribunales y que no estén atribuidas expresamente a los Presidentes.

A las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia aparte de ejercer también las funciones anteriormente mencionadas respecto a los órganos jurisdiccionales con sede en la Comunidad Autónoma correspondiente, les corresponde expedir los nombramientos de los Jueces de Paz y la Selección y nombramiento de los Jueces de provisión temporal.

Los Presidentes de los Tribunales y las Audiencias, los primeros ejercen las funciones gubernativas previstas en el art.160 de la LOPJ:

- Convocan, presiden y fijan el orden del día de las respectivas Salas de Gobierno; ejecutan sus acuerdos y determinan el reparto de asuntos entre las secciones de cada sala; velan por el buen orden del Tribunal y por el cumplimiento de los deberes de su personal y ejercen potestad disciplinaria por faltas leves de los jueces y magistrados.

Los Presidentes de las Audiencias Provinciales ejercen las funciones gubernativas que les atribuye el art.164, tales como ejercer su presidencia, adoptar las medidas precisas para su funcionamiento y ejercer los poderes de gobierno sobre su personal, sin perjuicio de las facultades de los órganos de gobierno de los TSJ.

Los Presidentes de Salas de Justicia y los Jueces tendrán en sus respectivos órganos jurisdiccionales la dirección e inspección de todos los servicios y asuntos, adoptarán las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje, darán cuenta a los Presidentes de los respectivos Tribunales y Audiencia de las

anomalías o faltas que observen y ejercerán las funciones disciplinarias que les atribuye la ley sobre el personal adscrito al servicio de la Sala o Juzgado correspondiente y las que les reconozcan las leyes procesales sobre el resto de profesionales que se relacionen con el Tribunal. (Art. 165)

Los Jueces Decanos y las Juntas de jueces

En las poblaciones donde haya diez o más juzgados sus titulares elegirán por mayoría de tres quintos a uno de ellos como DECANO, que ejercerá sus funciones por un periodo de 4 años. En las poblaciones donde haya menos de diez juzgados y lógicamente más de dos, ejercerá las funciones de Decano, el Juez o magistrado que ocupe mejor puesto en el escalafón.

Los Decanos velarán por la buena utilización de los locales judiciales y de los medios materiales; cuidarán de que el servicio de guardia se preste continuamente; y realizan la supervisión del reparto de asuntos; adoptarán las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable; oirán las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias, y ejercerán las restantes funciones que les atribuya la ley. (Art. 168)

El Decano ostentará ante los poderes públicos la representación de todos y presidirá la Junta de Jueces para tratar asuntos de interés común que afecten a los titulares de todos o de alguno de los órganos jurisdiccionales. Esta Junta habrá de convocarse por el Decano siempre que lo solicite la cuarta parte de los Jueces de la población.(Art. 169)

La Junta de Jueces, es la reunión de los de cada orden jurisdiccional bajo la presidencia del Decano, para proponer las normas de reparto entre los mismos, unificar criterios y prácticas, y para tratar asuntos comunes o sobre los que estimaren conveniente elevar exposición a la Sala de Gobierno correspondiente o al Consejo General

del Poder Judicial por conducto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia o a aquél que les solicitare informe.

El Decano convocará la Junta cuando lo estime necesario o cuando lo solicite, al menos, la cuarta parte de los miembros de derecho de la misma.

También podrán reunirse los Jueces de una misma provincia o Comunidad Autónoma, presididos por el más antiguo en el destino, para tratar aquellos problemas que les sean comunes.

La Junta se considerará válidamente constituida para tomar acuerdos cuando asistan la mitad más uno de sus miembros, adoptándose los acuerdos por mayoría simple.

La Junta elegirá como Secretario a uno de sus miembros, que será el encargado de redactar las actas de los acuerdos de las Juntas, así como de conservarlas y de expedir las certificaciones de las mismas.

3. EL PERSONAL COOPERADOR

Son diversas las nomenclaturas utilizadas para comprender a todas aquellas personas que dentro de la Administración de Justicia, intervienen con mayor o menor importancia, cooperando y auxiliando.

I. El Secretario Judicial, está llamado a cumplir la trascendental misión de ejercer la *fe pública judicial*, y asisten a los jueces, Tribunales, y Secciones de Menores de las Fiscalías en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en la LOPJ y restante legislación vigente. Les corresponde ostentar la *jefatura directa de personal de la Secretaría* de que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de jueces y Presidentes, y con respeto a las potestades de organización atribuidas a los Fiscales-Jefes. También les corresponde la *guarda y depósito de documentación*, y *esta encargo de depósitos y consignaciones*.(art.473 LOPJ)

Es una institución que no ha sido aprovechada en los servicios que puede prestar, por la formación de sus miembros, habiéndose llegado a cuestionar la oportunidad de su subsistencia, que nos parece fuera de toda duda, al tener que desempeñar funciones que son imprescindibles. Cuestión diferente es la de su organización y eficacia que la LOPJ, pretende potenciar concediéndoles nuevas atribuciones y unificándolos en un solo cuerpo con tres categorías (ver art.476 LOPJ), sujetos a las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los jueces, requiriéndose para ingreso en el cuerpo, por la tercera categoría, el título de licenciado en Derecho, superar las pruebas selectivas correspondientes y un curso en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia.

Se encuentran regulados en los arts 279 a 291 y en los arts 472 a 483 de la LOPJ y en el RD 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Organico del cuerpo de Secretarios Judiciales y que ha sido completado por el RD 250/1996, de 16 de febrero, y por RD 2167/1998, de 9 de octubre (BOE n.264, de 4 de Noviembre). Ver así mismo arts 145 a 149 LEC.

A) Funciones:

a) **Dación de fe:** (art.281.1 Y 2 LOPJ Y art.145 LEC):

El Secretario es el único funcionario competente para dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones judiciales, que se realicen en el Tribunal o ante este, donde quiera que se constituya, ostentando el carácter de autoridad, así como expedir copias certificadas y testimonios de las actuaciones no secretas ni reservadas a las partes interesadas. La plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos.

Según prevé el art.145 de la LEC, concretamente el secretario:

1º Dará fe, por sí, o mediante el registro correspondiente, de cuyo funcionamiento será responsable, de la recepción de escritos con los documentos y recibos que les acompañen.

2º Dejará constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascen-

dencia procesal.

No obstante, el secretario judicial podrá ser sustituido en los términos previstos en la LOPJ (ver art.483)y podrán habilitar a uno o más Oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y comunicación (art.282.1 LOPJ).

La representación en juicio podrá conferirse en todos los procedimientos mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto.(art.281.3)

b) Documentación de las actuaciones:

Pueden referirse a actuaciones muy variadas. Normalmente se ocupa de la documentación de las diversas actuaciones que tienen lugar ante los Tribunales, salvo que dichas actuaciones consistan en escritos y documentos.

Las actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales se denominan *actas, diligencias y notas*. (art.279.1 LOPJ y art.146 LEC)

Las actas tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal.(art.280.1 LOPJ). El art.146 de la LEC establece que cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado. Sin embargo, cuando se trate de las actuaciones que, conforme a esta Ley, hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción(ver art.147 LEC), el acta se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

Las diligencias podrán ser de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución.

Los Secretarios pondrán diligencias para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación está sujeta a un plazo perentorio.

En todo caso, se dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presenten con expresión de la fecha y hora de presentación. (art.283 LOPJ)

Las notas podrán ser de referencia, de resumen de los autos y de examen del trámite a que se refieran(art.2803).

c) Funciones burocráticas o de oficina judicial:

- Guarda, deposito y custodia de la documentación, su archivo, y la conservación de bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responder del debido deposito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan.(art.473.3 LOPJ)
- Conservar las actuaciones en general y en especial el libro de sentencias (art.287 LOPJ)
- Facilitar a los interesados el acceso a libros, archivo y registros que no tengan carácter de reservado (art.235 LOPJ y 141 LEC)

d) Actos de comunicación y mediación:

- Así mismo corresponderá a los Secretarios la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial en la forma que determinen las leyes.(arts.149 y ss de la LEC)
- Los Secretarios darán cuenta a la Sala, al ponente o al Juez, en cada caso, de los escritos y documentos presentados en el mismo día de su presentación o al siguiente día hábil.

e) Funciones de impulso y ordenación del proceso:

La LOPJ vino a aumentar sus atribuciones en orden a agilizar la tramitación de los procedimientos, autorizándoles a dictar las denominadas diligencias de ordenación y propuestas de resolución (arts. 288 a 291 LOPJ).

- En los Juzgados y Tribunales corresponderá a los Secretarios dictar las diligencias de ordenación, que tendrán por objeto dar a los autos el curso ordenado por la ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites de conformidad con las leyes procesales, y se limitarán a la expresión de lo que se disponga con el nombre del Secretario que las dicte, la fecha y la firma de aquél. Las diligencias de ordenación serán revisables por el Juez o el Ponente, de oficio o a instancia de parte, en los casos y forma previstos en las leyes procesales".

-También corresponderá al Secretario proponer al Juez o Tribunal las resoluciones que, con arreglo a la ley, deban revestir la forma de providencia o auto, salvo en los casos exceptuados en la ley. Esta función ha sido suprimida por la LEC 1/2000, aunque su regulación sigue en vigor al no haberse derogado todavía los correspondientes preceptos de la LOPJ.

II. Los oficiales, auxiliares y agentes, son funcionarios de carrera que prestan sus servicios en Juzgados y Tribunales, en el Consejo General del Poder Judicial y en organismos y servicios de la Administración de justicia como en las Fiscalías (art. 484 LOPJ). Aunque son cuerpos de funcionarios distintos, tienen un Reglamento Orgánico común que fue aprobado por RD 249/1996, de 16 de febrero. En la LOPJ están regulados en los arts. 484 a 496.

Los oficiales, son los colaboradores más mediatos de los Secretarios, les corresponde la tramitación de toda clase de asuntos, asistiendo al juez o al secretario en la redacción de resoluciones, diligencias, actas y notas, efectúan los actos de comunicación que les atribuya la ley, y sustituyen a los secretarios cuando estos no se sustituyan entre sí.

Los Auxiliares, trabajan bajo la inmediata dependencia del Secretario u oficial, y colaboran también en el desarrollo general de la tramitación de los procedimientos, mediante la transcripción de textos, realizan funciones de registro, y actos de comunicación no atribuidos a otros funcionarios y también podrán sustituir en su caso a los oficiales.

Los *Agentes judiciales*, guardan y hacen guardar sala, son ejecutores de los embargos, lanzamientos y demás actos cuya naturaleza lo requiera, así como actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios, actúan también como policía judicial con carácter de agente de la autoridad, bajo la dependencia del Juez o Tribunal en las diligencias a las que estos asistan personalmente y también tienen atribuidas funciones de portería y vigilancia (art. 487).

III. La función jurisdiccional precisa con frecuencia de auxiliares técnicos, que presten sus conocimientos específicos necesarios para el adecuado enjuiciamiento. Con carácter permanente los **médicos forenses**, constituyen un cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia a las órdenes de Jueces y Fiscales (art. 497) para su asistencia técnica, vigilancia facultativa de detenidos o lesionados bajo la jurisdicción de aquéllos (art. 498) formando un cuerpo en el que se ingresa mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas (art. 499).

Se echa de menos la existencia de un cuerpo de arquitectos forenses, pues únicamente se dispone de una reglamentación (Orden de 8 de julio de 1909 y otra de 30 de julio de 1983) sobre la obligación de los Colegios de Arquitectos de auxiliar a los Tribunales mediante un turno.

Instituciones que desempeñan un importante papel de auxilio técnico o pericial, son el *Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo* (Reglamento de 1 de octubre de 1959), la *Oficina de Interpretación de Lenguas* (Reglamento de 27 de agosto de 1977), los *Institutos Regionales de Medicina Legal y el Instituto de Toxicología*.

IV. La Policía Judicial, se encuentra regulada en los arts. 238 y siguientes de la LECR de arcaica factura, y los más modernos de la LOPJ (art. 443 y siguientes) así como en la L.O. 2/86 de Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado y R.D. de 9.6.87 sobre Policía Judicial. No constituyen un cuerpo especial de funcionarios sino que esta intergrada por todos aquellos organismos e instituciones admi-

nistrativas con funciones policiales. Desde hace tiempo constituye una aspiración razonable la de que los órganos judiciales dispongan de órganos especializados en la averiguación de delitos y descubrimiento y aseguramiento de delincuentes a las órdenes directas de los jueces y fiscales, para la adecuada realización de las funciones que les señala el art. 445, en especial sobre la investigación penal, actuación fundamental de la fase preparatoria del proceso penal.

1. "Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones:

a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.

b) El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.

d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.

e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria, su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal.

4. En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la Policía Judicial o las derivadas de las mismas".

Su intervención en la fase de instrucción es fundamental de ahí que deba potenciarse su actuación, porque la instrucción es fundamentalmente investigación, y ni el juez es un investigador profesional, ni suele tener medios para ello, por eso se afirma que de facto quien instruye en realidad es la policía judicial. Diligencias habituales, como

registros, dactiloscopia, rueda de detenidos, identificaciones, alcoholometría, investigaciones en general, son realizadas por la policía judicial, constituyendo el atestado "un elemento importante tanto en la fase sumarial como en la interpretación y articulación de las pruebas practicadas en el juicio oral (STC 182/1989, de 3 de noviembre)⁷⁹.

4. EL MINISTERIO FISCAL

Es una institución de perfiles muy particulares y hasta confusos. Su nombre hace honor al cometido fiscal de sus orígenes históricos, desaparecidos desde la creación del cuerpo de Abogados del Estado que asumió además de la representación y defensa del Estado, aquellas funciones relacionadas con la Hacienda Pública.

En la actualidad su regulación se encuentra en el art.124 de la CE, art. 435 de la LOPJ y en su Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, modificado por Ley 14/2003, de 26 de mayo⁸⁰. y en una serie

⁷⁹ Gomez de Liaño Gonzalez.- *El proceso Penal*. Ed. FORUM, 6ªEdi. Oviedo 2002, pag.428.

⁸⁰ Novedades a destacar conforme a su exposición de motivos son, la temporalidad en el desempeño de las jefaturas de los diferentes órganos del Ministerio Fiscal; la incorporación de criterios de mérito, especialización, rendimiento y calidad de trabajo, junto con la antigüedad, para la promoción en la carrera; el fortalecimiento del papel que le corresponde al Consejo Fiscal como órgano de representación de la carrera al informar en el nombramiento de los diversos cargos, así como el de los delegados de jefatura y resolviendo determinados recursos; se crean los llamados delegados de jefatura como función concebida con fines de coordinación y apoyo a las jefaturas, estando condicionada su existencia a su propia necesidad, el volumen de asuntos y las exigencias impuestas por la organización del servicio; se aborda la regulación del papel de las Juntas de Fiscalía, abriéndose la puerta a la innovadora posibilidad de celebración de Juntas de Fiscales jefes de las distintas Audiencias Provinciales, siempre que sean convocados al efecto por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia correspondiente para la conveniente coordinación de las funciones que son propias del Fiscal en el ámbito de cada comunidad autónoma; se adapta el régimen disciplinario de la carrera fiscal como ya se hizo en su momento con la carrera judicial, sin olvidar las singularidades de cada una de ellas, definiendo el cua-

dispersa de normas, en concreto, la Ley 5/1988, de 24 de marzo que creó la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y la Ley 10/1995, de 24 de abril, que creó la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.

Respecto a sus funciones, el art.124 de la CE, reproducido en el art.435 de la LOPJ, nos ofrecen una primera aproximación, según los cuales el Ministerio Fiscal tiene la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley, velando por la independencia de los Tribunales, y procurando ante estos la satisfacción de interés social.

El art. 3 de su Estatuto se refiere a **quince funciones** concretas para el cumplimiento de las citadas misiones, con posibilidad de ampliación por vía legislativa:

1. Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señaladas, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales.
3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.
4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.
5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos., o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la L.O. reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estime oportunas.

dro de sanciones actualizado y su naturaleza, con mejoras técnicas en la descripción de conductas y sanciones.

6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.

7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción, y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros.

9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

10. Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

11. Intervenir en los procesos judiciales de amparo.

12. Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que las leyes establezcan.

13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.

14. Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención.

15. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.

16. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento estatal le atribuya.

Con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas

para la validez del acto de que se trate. La intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar."

En los arts. 12 y ss del Estatuto se señalan como órganos del Ministerio Fiscal:

- El Fiscal General del Estado.
- El Consejo Fiscal.
- La Junta de Fiscales de Sala.
- Inspección Fiscal.
- Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado
- La Fiscalía del Tribunal Supremo.
- La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.
- La Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.
- Las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.

La Fiscalía del Tribunal de Cuentas se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal.

Se ha llegado a decir que son tantas y tan amplias sus funciones que es imposible que puedan cumplirse. Se encuentra además el Ministerio Fiscal inspirado en los principios orgánicos de unidad y dependencia(art.22) incluso con el Poder Ejecutivo, que plantea importantes problemas de configuración estructural, que el estatuto pretende resolver permitiendo al subordinado apartarse del asunto en el caso de disconformidad con el planteamiento ordenado(ultimo parrafo del art.25 y art.27). Por su parte, los principios de legalidad e imparcialidad subjetiva son los que presiden su actuación.

Se trata de un cuerpo muy unido a la carrera judicial, hasta el punto de que durante muchos años el ingreso y preparación en la Escuela de Estudios Judiciales (antes Escuela Judicial) se realizaba en

común, eligiendo destino entre ellas a la conclusión de los estudios.

En la actualidad y tras la reforma operada por LO 9/2000, de 22 de diciembre, la convocatoria para el ingreso en la carrera judicial se realiza conjuntamente con la de ingreso a la carrera fiscal y los candidatos aprobados, de acuerdo con las plazas convocadas, podrán optar, según el orden de la puntuación obtenida, por una u otra carrera en el plazo que se fije por la Comisión de selección (art.301.2 LOPJ).La proximidad geográfica en oficinas y tribunales, y la provisión de determinadas plazas judiciales con personal indistinto de la carrera judicial o fiscal, puede haber inducido a error sobre su verdadera naturaleza, discutida y difícil, desde luego. Desde poder político a magistratura de amparo, son muchas las formulaciones que han tratado de explicar su complicación funcional.

La generalidad de la doctrina se muestra de acuerdo en calificar al Ministerio Fiscal, como una institución imprecisa, compleja, ambigua, y de "perfiles poco definidos".

Esta falta de precisión, tanto en su estructura como en el orden funcional, ha dado lugar a las más variadas teorías acerca del mismo. A ello, sin duda, ha contribuido de manera extraordinaria, su larga y dilatada evolución histórica, y variedad de funciones que se le han ido atribuyendo. Así decía CARNELUTTI, "si hay una figura ambigua en el proceso civil y penal, es el Ministerio Fiscal". El citado autor afirma que, el Ministerio Fiscal tiene una naturaleza "híbrida". MICHELI, lo califica como "dramatis persona" y dice: "El Ministerio Público que aún perteneciendo al orden judicial, sin embargo no se identifica con el juez, y al mismo tiempo se diversifica, en la estructura y en la función de las partes". Termina diciendo el citado autor, que el Ministerio Público, "es sujeto perteneciente a la Magistratura, pero distinto y diferenciado del juez, y que sin embargo no debe de confundirse con los órganos de la Administración activa".

Más significativa, es la posición adoptada por CALAMANDREI, quien después de calificarlo de "abogado sin pasión y juez sin imparcialidad", hace notar: "aunque la actividad del Ministerio Público se

despliegue ante los órganos jurisdiccionales, no participa directamente en el ejercicio de la Jurisdicción. Esta imprecisión y ambigüedad, la señala en términos concretos MANZINI, al decir: "aunque por su naturaleza la función del Ministerio Público pertenece al orden judicial, no forma parte de éste, sino del ejecutivo".

La confusión es grande, y la propia Constitución ha venido a contribuir sobre el particular, porque en su art. 124 se refiere a esta institución dentro del título del "Poder Judicial", cuando es evidente que no pertenece al mismo, y dicho precepto indica que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público.

A nuestro juicio es un órgano al servicio de la Administración de Justicia, con una importante función de promoción, esencialmente diferente de la decisión jurisdiccional, pues incluso orgánicamente tiene unas claras dependencias con el Poder Ejecutivo, siendo considerado por un amplio sector doctrinal como órgano administrativo del Estado (LEONE, ALLORIO, SERRA).

Su contenido decimos que es importante porque se centra en la defensa de la legalidad, interviniendo en todos aquellos asuntos en los cuales asoma un interés público, tomando una iniciativa que debe vedarse a los Tribunales, en aras a su independencia, porque ya indicamos que la función jurisdiccional exige la previa promoción de su actividad, que puede ser privada cuando procede de las partes, y pública cuando tiene su origen en el Ministerio Fiscal, con especial significación en el proceso penal, porque los intereses públicos que en el mismo subyacen, impiden dejar dicha promoción a la iniciativa privada.

Hemos visto las funciones a que se refiere el art. 3 de su Estatuto, cuya lectura revela sin mayores argumentos la necesidad de su presencia, que puede considerarse como una exigencia del Estado de Derecho, siendo pieza clave e insustituible para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, y de su celo, de su actividad

e interés dependerá en buen grado que el resultado definitivo de la actuación jurisdiccional, sea socialmente aceptable.

El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de las funciones encomendadas en el artículo anterior, podrá :

1. Interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de estos cualquiera que sea su estado, o que se le remita copia de cualquier actuación, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando.
2. Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente.
3. Requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes.
4. Dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso.
5. Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario, y en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados.

Las autoridades, funcionarios u organismos requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en los párrafos precedentes, deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. (Art. 4 del Estatuto).

5. LOS ABOGADOS Y PROCURADORES: LA PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA

a) Los Abogados

1. La defensa en el proceso

En el esquema general de la tutela judicial, y en el particular de la defensa del justiciable, nos encontramos con ese primer escalón primario y fundamental que sirve a la vez de filtro e hilo conductor de las inquietudes e intereses que preocupan y mueven al ser humano en esa búsqueda incesante y tantas veces inútil del equilibrio o restablecimiento de la paz social, en definitiva de la Justicia, que se promueve mediante la intervención de profesionales, que no sólo asumen una representación, sino en muchos casos una decisión de actuar y siempre sobre la utilización de medios de ataque y de defensa que estiman adecuados pues pertenecen al complicado mundo de la técnica jurídico-procesal.

Corresponde al **abogado** asumir la dirección de esa promoción, no sólo conducir el proceso, sino también promoverlo y prepararlo en nombre de su mandante causídico, pues como señala SERRA, el particular cuando se propone iniciar un proceso sabe que debe ir convenientemente preparado, pues la falta de preparación puede acarrear la pérdida del proceso, y la ineficacia del derecho⁸¹, actividad de verdadera promoción de la Justicia, de la que se encarga el abogado, y que en muchas ocasiones no ha sido suficientemente destacada.

En el desarrollo de la ciencia jurídica a través de la historia, hace ya algún tiempo que llegamos al derecho sistemáticamente establecido y aplicado por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico formal que diría MAX WEBER⁸² con la destacada instauración del proceso judicial como institución dirigida a obtener la paz social, solucionando o tratando de solucionar el con-

flicto subyacente, y para lo cual es más importante que la técnica procesal normativa, la actuación de las personas llamadas a intervenir en el mismo, como exigencia de seguridad jurídica.

Si para IHERING, el éxito de la Administración de Justicia residía en la persona del juez⁸³, la base de su decisión reside en la actuación ético-jurídica de las partes, a través de sus representantes legales, más aún, en el campo del proceso civil por vigencia notoria del principio dispositivo⁸⁴.

El proceso judicial comprende una serie de actuaciones complejas, interdependientes "de modo que sin cada acto anterior ninguno de los siguientes tiene validez, y sin cada acto siguiente ninguno de los anteriores tiene eficacia⁸⁵" y a través de los cuales, juega no sólo el conocimiento del derecho sino también la inteligencia en su aplicación, la habilidad, y hasta el azar⁸⁶.

El estudio por la doctrina de la defensa jurídica, se inclina notoriamente hacia el campo penal⁸⁷, posiblemente porque el derecho funda-

⁸³ IHERING. *El fin del Derecho*. Buenos Aires. 1978, pág. 193.

⁸⁴ GÓMEZ DE LIAÑO. *El principio dispositivo en el Proceso Civil*. "R. Legislación y Jurisprudencia". Noviembre de 1973.

⁸⁵ GUASP. *Derecho Procesal Civil*. cit., pág. 18.

⁸⁶ "La comparación entre el juego y el proceso ha sido llevada a cabo de forma magistral por un eximio maestro ya desaparecido (cfr. CALAMANDREI. Il processo come giuoco, en "Riv. di Diritto processuale", 1950, I. págs. 23 y ss.) para el cual el proceso es un conjunto de actos que se entrecruzan y corresponden como los movimientos del juego: de demandas y respuestas, réplicas y contrarréplicas, de acciones que dan lugar a reacciones, suscitadoras a su vez en contrarreacciones; en esto consiste la que llama dialéctica del proceso, y en este juego para vencer, no siempre vence quien lleva razón, sino a veces quien mejor sabe jugar y elegir con arte en cada situación la más favorable de las actitudes que pueden ser adoptadas". Ver. CARRERAS. *Proceso, Guerra y Juego*. En "Estudios de Derecho Procesal", FENECH-CARRERAS. Barcelona. 1962, pág. 67.

⁸⁷ JIMÉNEZ ASENJO. *La defensa penal*. "Revista de Derecho Judicial" 1961, págs. 24 y ss. GUTIÉRREZ ALVEZ CONRADI. Aspectos del derecho de defensa en el pro-

⁸¹ SERRA. *Estudios*. trab. cit., pág. 766.

⁸² MAX WEBER. *Economía y Sociedad*. Traducción Maynez-Imaz. México. 1944, págs. 203.

mental de la defensa, tenga su manifestación más absoluta e imperiosa en el enjuiciamiento criminal, pero nos parece más complicada y difícil, o por lo menos susceptible de serlo, en el campo civil. La referimos a la que corresponde a ambas partes de la relación procesal.

No obstante las *diferencias entre la defensa civil y penal* son notorias, y en especial destacamos las siguientes:

a) La penal va dirigida a una de las partes de forma principal, la del pasivamente legitimado, mientras que la civil, se manifiesta con igual fuerza en el lado activo y pasivo.

b) La civil tiene un amplio cometido en la preparación del proceso, la penal es casi siempre posterior a la iniciación del mismo.

c) La penal suele concebirse como repulsión de una agresión, mientras que en la civil, prima la idea de asistencia y asesoramiento técnico-procesal. Podría también pensarse que el demandante que reclama un crédito impagado se defiende de la conducta antisocial que ello significa, y el demandado a su vez de la actitud del demandante. Pero parece nítida, una diferenciación basada en la intensidad del estímulo-respuesta.

d) La defensa en el proceso penal, es absolutamente necesaria -en causas por delitos- de forma que sin la presencia del defensor, que se nombra de oficio aun cuando el acusado no lo designe, el juicio no se celebra, mientras que en el proceso civil, su presencia es relativamente preceptiva. Primero porque en algunos supuestos está excusada por la ley (art. 10 de la LEC) pero sobre todo, porque la parte demandada puede ser condenada sin defensa, ya que es suficiente con que se le dé la oportunidad de defenderse.

e) En el proceso penal siempre existe la obligación de la defensa por parte del abogado; por el contrario, en el proceso civil, le está prohi-

ceso penal. "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana" 1973, págs. 759 y ss. MORENO CATENA. *La defensa en el proceso penal*. Madrid. 1982. Cívitas. PRIETO CASTRO. *La defensa*, en "Temas de Derecho actual y su práctica", Salamanca 1979, págs. 121 y ss. A pesar de que este último trabajo tiene el nombre genérico de la "defensa", se refiere a la defensa penal.

bida cuando los intereses confiados sean contrarios al fin supremo de la Justicia.

f) El abogado es siempre el promotor del proceso civil, cosa que no ocurre en el proceso penal.

La defensa en el proceso se configura como la asistencia profesional a las partes, que corresponde de forma exclusiva al Abogado (arts. 6 y 9 del Estatuto de la Abogacía), que es un colaborador, un partícipe, dice el estatuto, en la función pública de la Administración de Justicia (art.30) necesario en la preparación y desarrollo del proceso, ajustándose a las normas deontológicas de lealtad, probidad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones (art. 36 del Estatuto).

La defensa en el proceso civil, así entendida, presenta el amplio aspecto de la preparación del proceso, su iniciación, la precisión de las alegaciones, la oportunidad de la prueba, la concesión de las conclusiones, la fundamentación del recurso, y la eficacia de la ejecución, buscando la mayor celeridad posible evitando dilaciones, incidentes y debates innecesarios.

En el proceso penal, la preparación es eventual, pues sólo se presenta en los casos de querrela, o en alguno de denuncia, y la labor aparece concentrada en el juicio oral y su preparación, pues incluso las conclusiones provisionales son esencialmente modificables y no determinan posturas definitivas como en la demanda civil.

En todo caso, los derechos de la defensa se perfilan como fundamentales, indispensables para una recta Administración de Justicia. La Unión Internacional de Abogados ha elaborado la Carta Internacional de los Derechos de Defensa, que debe inscribirse en el conjunto de los textos internacionales, Pactos de Nueva York y Convenios que fijan las reglas mínimas y garantías fundamentales en la materia .

2. La abogacía

Hace ya muchos siglos, incluso antes de la era cristiana, se han querido ver antecedentes de la abogacía, como actividad dirigida a defender los intereses de otras personas ante autoridades y Tribunales⁸⁹.

Abogar es, en sentido primario, presentar y apoyar ante quienes han de juzgar las razones en favor de una persona, función principal del abogado, siempre unida al proceso judicial. El art. 436 de la L.O.P.J. otorga en exclusiva esta denominación al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. Éste y aquél, suelen ir unidos, pues cuando el razonamiento, el consejo, la mediación no es suficiente, parece en muchos casos inevitable la discusión jurídica que el proceso proporciona.

"Nemo iudex sine actore", de forma que las partes son dueños y señores de la iniciación del proceso, de su desarrollo y a veces de su conclusión (renuncia, desistimiento, transacción, etc.), y las partes, están dirigidas y representadas por sus Letrados. Sin la actuación de éstos no puede concebirse pues, la función del juez. Por eso PRIETO CASTRO, señalaba que cuando el defensor pide, está actuando como el juez, pero al revés⁹⁰.

La función del abogado es dinámica, frente al estatismo judicial, que ve pasar ante su presencia, hechos ya desmenuzados, pruebas decantadas, fundamentos jurídicos seleccionados y estudiados, y hasta conclusiones.

El abogado empieza de cero, sobre datos que el cliente proporciona muchas veces sin orden y concierto, tratando de investigar los de interés, comprobando su apoyo probatorio, posibilidades y fundamen-

tos, sin descartar las intenciones del interesado, y conjunto de valores, intereses, y problemas que pueden suscitarse, para buscar el procedimiento adecuado después, y tratar de luchar lealmente en el mismo, con plazos perentorios y fatales, con desviaciones de la norma, con corruptelas, y hasta con abusos.

Bien captó el rey Alfonso el Sabio su esencia cuando se refiere a él diciendo: "Ayudará bien y lealmente a todo ome a quien prometiére ayuda, e non trabajará a sabiendas de abogar en ningún pleito que sea mentiroso o falso, o de que entienda que non podrá auer buena cima"⁹¹. Criterios que no han sido siempre bien atendidos y por ello las críticas a la profesión han sido tan importantes⁹², y como curiosidad histórica no resisto la tentación de citar la ley 12 de las Ordenanzas Municipales de Riaza de 1457, prohibiendo que moren en la villa abogados⁹³.

El profano no entenderá nunca cómo pueden en el proceso defenderse tesis tan opuestas por los abogados de las partes, porque está muy lejos del planteamiento científico de CARNELUTTI, cuando

⁹¹ Partida VI, título II, 3^o.

⁹² V. JIMÉNEZ DE CISNEROS. *Los hombres frente al Derecho*. Madrid. 1959, págs. 452 y 453.

⁹³ "Otrosi, hordenamos que ninguno nin alguno de nuestros vezinos e moradores en esta villa de Riaça e su tierra non sean osados de traer onbres de fuera para que sean maneros de los pleytos, o otras qualesquier abenencias que tratan vnos con otros; saluo que los tales maneros e alcales arbitros, que los tomen de nuestras vezinos, e qualquier que contra esto fuere, en qualquier manera que sea, que aya de pena, por cada vna vegada, mill maravedies, para el dicho conçeio. E esa misma pena aya qualquier que troxiere causa de omnes de fuera de ruego o omnes de fuera que rueguen por ellos, por las penas que cayeren al conçeio e alcales e regidores desta dicho villa de Riaça". El título 91 B, que lleva por rúbrica: "Que non more en esta villa bachiller nin abogado", dice: "Otrosi, hordenamos e tenemos por bien que non more en esta dicha villa e su tierra bachiller, nin abogado alguno, que dé escriptos, nin libellos, a nuestros vezinos para seguir e traptar pleyto vnos con otros".

⁸⁹ V. MARTÍNEZ VAL. *Abogacía y Abogados*. Madrid. 1981, págs. 1 y ss.

⁹⁰ PRIETO CASTRO. *La formación del jurista*. "Boletín del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza", núm. 1 de 1972, pág. 19.

decía que el abogado representa la parte y el juez el todo en el que se integran las partes, y en aquella representación el abogado debe ser parcial, por lo cual incurrirá a veces en exageraciones cumpliendo ese deber⁹⁴.

La abogacía ha venido sufriendo un desprestigio paulatino por varias razones:

a) Siendo una profesión muy difícil⁹⁵, en España se ha venido exigiendo muy poco para ejercerla, sin tenerse en cuenta los graves daños que puede causar, aquél que no está debidamente preparado, a diferencia de la mayoría de los países de nuestro entorno europeo, donde desde hace tiempo se exigen mayores requisitos de preparación. En el nuevo Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 658/2001 de 22 de junio ya se pone de manifiesto la preocupación por regular el acceso a la profesión, previéndose la posibilidad de establecer formulas homologables con el resto de los países de la Unión Europea y en este sentido ya hemos señalado como esta prevista una futura Ley de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador.

b) El olvido de aquellos principios básicos para su ejercicio, que ya se mencionaban en las mismas Partidas. En el nuevo Estatuto se prevé un mayor desarrollo y refuerzo, entre otros, del principio de buena fe que debe presidir las actuaciones entre el cliente y el abogado para garantizar la adecuada defensa de sus intereses ante los Tribunales, o la garantía de los principios de libertad e independencia o el reforzamiento de los deberes deontológicos y éticos de los abogados para avalar la plena vigencia de los anteriores principios.

c) O el deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia con sus dilaciones, que en especial, repercute seriamente en el resultado de su función, objeto de críticas sociales. No quiere esto decir que los abogados no contribuyan también a aquellas deficiencias, pero nada

tienen que ver, en que un recurso de apelación tarde año y medio o dos años en resolverse, o varios meses en conseguir un embargo. El cliente ve, que pasado el tiempo su abogado no lo resuelve, no soluciona su problema, y comienza a pensar en soluciones alternativas, algunas de las cuales no son acordes con los principios de un Estado de Derecho.

A todo ello contribuye también la complejidad de su trabajo y la conflictividad, no exenta de apasionamiento, que subyace en aquél, sometido a la crítica muchas veces infundada de quien desconoce las horas de estudio, actividad y preocupación, a todas las horas del día, ya que no puede sustraerse mientras viaja, o camina, o mientras concilia el sueño, de meditar y dar vueltas a los temas que se presentan ante su mente. Es una profesión libre, no sometida a otra cosa que su propia conciencia y dignidad impuesta por su marco jurídico, a la vez que individualista, porque sólo suele enfrentarse a las dudas y problemas que constantemente se le plantean, tomando decisiones importantes para sus defendidos, que cuando no comprenden critican y reprochan.

Pero entendemos que su verdadera perspectiva, se encuentra en la ayuda cotidiana a quien la precisa, mediante el calor del consejo que tranquiliza y da esperanza, en su mediación para evitar el pleito, en el estudio cuidadoso del dictamen, en la formalización de sus peticiones escritas ante organismos y tribunales, en la preparación del informe forense, como eslabones precisos, puntuales y necesarios para la tutela jurídica⁹⁶.

⁹⁴Además del genérico objetivo de contribuir al buen desarrollo de la actividad jurisdiccional, la asistencia de Letrado en el proceso tiene como finalidad garantizar que las partes puedan actuar en él de la forma más conveniente para sus derechos e intereses jurídicos y defenderse debidamente frente a la parte contraria".

"De acuerdo con dicha doctrina, el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, obliga a los jueces a una interpretación restrictiva de las causas de inadmisión así como a colaborar mínimamente con las partes para hacer efectivos sus derechos, dando ocasión, cuando ello sea posible y no afecte a la regularidad del procedimiento ni a los intereses de la parte contraria, a que los

⁹⁴CARNELUTTI. *Diritto e processo*. Cit., pág. 92

⁹⁵Afirma con razón FEDERICO DE CASTRO, que el abogado ejerce la más difícil de las profesiones liberales. *Derecho Civil de España*. Valladolid. 1942. Tomo I, pág. 432.

Tiene declarado el TC que dentro de las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva se encuentra, se integra la postulación procesal que haya de cumplimentarse con la asistencia técnica o de la representación con procurador. En la sentencia 17.7.87 se atribuye al abogado la función de vigilancia de la legalidad procesal en relación con los importantes efectos de la indefensión⁹⁷.

defectos procesales advertidos puedan ser subsanados. Por ello, aunque la intervención de Letrado cuando la Ley lo exige no constituye una mera formalidad, y su falta absoluta puede impedir el acceso al proceso, el incumplimiento de dicho requisito no siempre debe calificarse de insubsanable, pudiendo ser reparado en ciertos casos y circunstancias; así este Tribunal ha entendido que la falta de firma de Letrado es subsanable cuando la asistencia técnica pueda deducirse de los antecedentes". (STC 27.7.87)

⁹⁷"Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho al recurso se integra en las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y que ésta se vulnera cuando se cierra al ciudadano la posibilidad de interponer aquél, con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a error imputable al funcionamiento de los requisitos que legalmente la configuran, tal en el caso presente el de la postulación procesal que ha de cumplimentarse con la asistencia técnica o la de representación con Procurador. En los casos en que sea preceptivo o en aquéllos en los que la Ley ordene su nombramiento de oficio, es obvio que el órgano judicial ha de hacerlo así, so pena de privarse a la parte del derecho al proceso y al recurso, lo que implicaría denegación de justicia e infracción del art. 24.1 C.E.

Se incidiría, pues, en lesión constitucional si el órgano judicial hubiera causado indefensión por no prestar la debida tutela al impedir el recurso de la parte, pero siempre, naturalmente, que ello pudiera serle atribuido en exclusiva o de modo preferente. Pero cuando esa atribución no puede ser tan clara y se dan otras concausas, tal la conducta de la parte, la conclusión ha de ser matizada, cuando no otra.

En efecto, la doctrina ya reiterada de este Tribunal, al respecto de los requisitos procesales y su cumplimiento, ha determinado que, si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano - SSTC 43/1983 (R. T. Const. 43) y 172/1985 (R. T. Const. 172)-, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, sobre todo si ésta actúa con asistencia letrada -STC 107/1987, de 25 de junio (R. T. Const. 107)-, y que "la indefensión, con todo, no se producirá cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el juzgador, el propio interesado, por impericia o por negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses y cooperando, con ello, al menoscabo de su posición pro-

Su régimen jurídico se encuentra establecido fundamentalmente en la LOPJ, en el Estatuto General de la Abogacía, Aprobado por R.D. 658/2001, de 22 de junio que viene a sustituir al de 1982, en Disposiciones particulares de las CCAA sobre Colegios profesionales y en los Estatutos de cada Colegio.

En el Estatuto se define al abogado en su art. 9, como aquella persona incorporada a un Colegio español de Abogados en calidad de ejerciente, y que cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedica de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.

Añadiendo en su parrafo segundo que corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado, a quienes lo sean de acuerdo con la precedente definición, y en los términos previstos por el artículo 436 de la LOPJ, el cual se haya reproducido en el art.6 de dicho Estatuto refiriéndose: "al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico".

La Abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídica, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia. (art.1 EGA)

Los Abogados, por imperativo legal se organizan corporativamente en Colegios Profesionales, los Colegios de Abogados, siendo requisito imprescindible para el ejercicio de la profesión el estar incorporado a los mismos en calidad de ejerciente, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley (art.439.2 LOPJ) o por el Estatuto (art.11 EGA). Basta la incorporación a un solo Colegio, que

cesal" -STC 109/1985, de 8 de octubre (R. T. Const. 109) y 102/1987, de 17 de junio (R. T. Const. 102)-. (STC 17.7.87).

será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado, aunque para ejercer en un territorio diferente al de su colegiación deberá comunicarlo al Colegio en cuyo ámbito haya de intervenir, en los términos previstos en el art.17 del EGA. Los distintos Colegios se coordinan a través de los Consejos Generales de Colegios de las CCAA y el Consejo General de la Abogacía.

Son requisitos para la incorporación a un Colegio de Abogados, según el art.13 del EGA:

- a) Tener nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992.
- b) Mayoría de edad y no estar incurso en causa de incapacidad
- c) Licenciatura en derecho o titulación extranjera homologable
- d) Satisfacer la cuota de ingreso y demás que tenga establecida el colegio

Además para la incorporación como ejerciente se exige:

- a) No tener antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la abogacía
- b) No incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o prohibición para el ejercicio
- c) Por Ley, a tenor de lo establecido en los artículos 36 y 149.1.30ª de la Constitución, se podrán establecer formulas homologables con el resto de los países de la Unión Europea que garanticen la preparación para el ejercicio de la profesión.
- d) Formalizar el ingreso en la Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión social a prima fija o en su caso, en el Régimen de Seguridad social que corresponda de acuerdo con la legislación vigente.

De sus Prohibiciones, incompatibilidades y restricciones especiales se ocupan los arts.21 a26 del EGA, permitiéndose por primera vez

la posibilidad de que puedan realizar publicidad de sus servicios en los términos del art.25 del EGA, así como la posibilidad de poder asociarse con otros profesionales para prestar servicios especializados de manera coordinada en beneficio del cliente (art.29 EGA). Se modernizan el funcionamiento de los despachos colectivos suprimiendo la limitación existente hasta el momento respecto al número de miembros que los componen (art.28 EGA).

El Título III, arts.30 a 45 se ocupa de regular de manera extensa sus derechos y deberes, distinguiendo:

- a) De carácter general (arts.30 a 33), b) Con el Colegio y con los demás colegiados (arts.34 y 35) c) Con los Tribunales (arts.36 a 41), d) Con las partes (arts.42 y 43), e) en relación a honorarios profesionales (art.44), f) en relación con la asistencia jurídica gratuita (art.45 y 46).

Entre los que cabe destacar:

- 1) Como deber fundamental se señala el de cooperar en la administración de Justicia, asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados siempre teniendo en cuenta el fin supremo de la justicia al que se haya vinculado (art.30).
- 2) Respeto de las normas deontológicas en el ejercicio de la profesión (art.31) Los abogados, al igual que otros profesionales como los médicos, están sometidos en el ejercicio de su profesión a determinadas normas de carácter ético o deontológicas, que tienen como fin conseguir la buena ejecución de su misión, indispensable para el buen funcionamiento de la sociedad. De modo que su incumplimiento puede dar origen a sanción disciplinaria por parte del Colegio.
- 3) El derecho-deber de guardar secreto profesional (art.437.2 LOPJ y 32 y 42 del Estatuto).
- 4) Actuar con libertad e independencia (art.33.2)
- 5) El deber de actuar con arreglo a los principios de buena fe, probidad, lealtad y veracidad (art.437.1 LOPJ y art.36 EGA)
- 6) El derecho a honorarios, que pueden ser fijados libremente en

atención a las circunstancias del caso y del propio abogado, aunque los Colegios pueden publicar normas orientadoras no vinculantes. En todo caso esta prohibido el pacto de cuota litis.

El título VIII del Estatuto regula el régimen de responsabilidad de los colegiados. Los abogados, al igual que los procuradores, están sujetos a responsabilidad disciplinaria, tanto judicial(exigible por jueces y tribunales ante el incumplimiento de los deberes inherentes a su actuación procesal), como colegial(por incumplimiento de los deberes profesionales o normas éticas de conducta en cuanto afecten a la profesión (arts 80 a 93 EGA y arts 59 y 60 EGPT). También están sometidos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión o civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada (arts 78 y 79 EGA Y arts 57 y 58 EGPT).

b) Los procuradores:

1. la representación procesal

El abogado, que como hemos visto, asume la dirección de la promoción de la justicia, está asistido técnicamente en nuestro derecho por el procurador, que representa formalmente a las partes, figura desconocida en otros sistemas, y en cierto modo controvertida por lo que puede significar de encarecimiento de la función. Sin embargo, en el planteamiento de nuestro orden de proceder con constantes trámites, resoluciones y en consecuencia notificaciones que han de entenderse con persona próxima al Tribunal, en plazos perentorios, y con abogados que no precisan residir en la misma localidad en que se tramita el proceso, su supresión sería fuente de mayores distorsiones en el ya problemático panorama actual.

Esta función de representación procesal de los intereses y derechos de las partes ante los tribunales de justicia, atribuida en exclusiva a los Procuradores, salvo disposición en contrario, y otorgada en virtud del oportuno apoderamiento bien ante notario o ante el secretario judicial (representación apud acta), aparece recogida con carácter general en el art. 438 de la LOPJ y particularmente en los arts. 23

a 30 de la LEC, 118, 119, 277 y 652 de la LECR, 18 de la LPL y 33 de la LJCA, en las que se exige como regla general, la obligación de las partes de comparecer ante los Tribunales por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del asunto.

Cooperativamente se encuentran sometidos a su Nuevo Estatuto General aprobado por RD 1281/2002, de 5 de diciembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre), que sustituye al de 1982, en cumplimiento de lo acordado concretamente en el punto 20 del Pacto de Estado para la reforma de la justicia suscrito el 31 de mayo de 2001. El nuevo Estatuto responde a la necesidad de actualizar y modernizar la profesión, para que puedan prestar un mejor servicio a los ciudadanos, contribuyendo a la modernización de la justicia y facilitar a su vez la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que encomienda a los Procuradores todo un conjunto de nuevas funciones y responsabilidades en el proceso, tales como el servicio de recepción de comunicaciones en todos los edificios judiciales del orden civil. En concreto en su art. 1 se define la Procura, como ejercicio territorial de la profesión de Procurador de los Tribunales, siendo una profesión libre, independiente y colegiada que tiene como principal misión la representación técnica de quienes sean parte en cualquier clase de procedimiento, así como el desempeño de cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a una mejor administración de justicia, a la correcta sustantación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten los Juzgados y Tribunales

Al Procurador y a su cliente les une básicamente un contrato de mandato, en virtud del cual, el procurador está obligado a seguir el asunto mientras no cese en su representación, teniendo al corriente del curso del mismo a su poderdante y a su abogado, presentando ante el tribunal las solicitudes y escritos que aquellas dirijan al Tribunal, transmitiéndole al abogado todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir, así como dar traslado de todos los actos de comunicación (notificaciones, cita-

ciones y emplazamientos) que se le notifiquen y demás escritos y documentos que le sean entregados por el Tribunal o por los procuradores de las otras partes. Así mismo la nueva LEC introduce como novedad y medida de celeridad procesal, la obligación de dar traslado de las copias de los escritos de su poderdante y de su letrado que vayan a presentar al Tribunal, a los procuradores de las restantes partes, a excepción de la demanda o cualquier otro escrito que pueda originar la primera comparecencia cuyo traslado deberá hacerlo la propia oficina judicial (art.276 LEC).

2. La procuraduría

La institución del Procurador de los Tribunales tiene en nuestro país una profunda raigambre histórica cuya finalidad es la de proteger la igualdad de las partes en juicio.

Su régimen jurídico se encuentra establecido fundamentalmente en la LOPJ, en el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, Estatutos de Consejos de Colegios de Comunidad Autónoma, los particulares de cada Colegio y en las normas relativas al contrato de mandato y demás disposiciones legales que resulten aplicables.

Conforme al art.3 del Estatuto, son Procuradores de los tribunales quienes, validamente incorporados a un Colegio se encargan de la representación de sus poderdantes ante los Juzgados y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional, así como del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que como cooperadores de la Administración de justicia les encomienden las leyes, pudiendo ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservado por Ley a otras profesiones.

Como condiciones generales para ser Procurado: a) se ha de tener la nacionalidad española o de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, b) mayoría de edad y no estar incurso en causa de incapacidad, c) tener la licenciatura en derecho o título extranjero

homologable, d) y haber obtenido el título de procurador (art.8 del Estatuto).

Para el ejercicio de su profesión, a) han de estar necesariamente incorporados al correspondiente Colegio Profesional (art 10). Para cuyo ingreso se exige estar en posesión del correspondiente título de procurador, satisfacer la cuota de ingreso y demás que tenga establecidas el colegio, el haber constituido la correspondiente fianza que exige el propio Estatuto, no estar incurso en causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, carecer de antecedentes penales que inhabiliten para la profesión y acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales previas al alta en la profesión (art.9), b) prestar juramento o promesa de acatamiento a la CE, así como al resto del ordenamiento jurídico y c) estar dado de alta en la Mutualidad correspondiente.

Como novedad y para garantizar la preparación específica de los colegiados, respecto al acceso a la profesión, se prevé la conveniencia de establecer nuevas fórmulas homologables con los restantes Estados miembros de la Unión Europea estando prevista una futura Ley de acceso a las profesiones de Abogado y Procurador.

Al igual que los Abogados, se integran en Colegios Profesionales, coordinados por los Consejos generales de las CCAA, y por el Consejo General de Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España. El nuevo Estatuto se adecua a la nueva realidad autonómica y está prevista la existencia de aquellos Consejos de los Colegios de Comunidad Autónoma constituidos conforme a la normativa autonómica, recogiendo así mismo la posibilidad de que los Colegios organicen servicios para asegurar la responsabilidad civil profesional del Procurador, al objeto de garantizar en mayor medida los derechos de los ciudadanos ante una hipotética negligente actuación profesional, creándose las demarcaciones territoriales para el ejercicio profesional, siempre coincidentes con uno o varios partidos judiciales, de modo que por su proximidad geográfica quede aún más garantizada la exigencia de la intermediación, porque el ejercicio de la

Procura es territorial, ello implica que solo pueden ejercer su profesión en la demarcación territorial correspondiente a su Colegio profesional, pudiendo actuar ante todos los órganos jurisdiccionales que radiquen en la misma.

Sus prohibiciones e incompatibilidades se encuentran reguladas en el Capítulo segundo de su Estatuto(arts. 23 a 28).

De sus derechos y deberes se ocupa el Capítulo IV del Estatuto (arts. 34 a 41), respecto a estos últimos se destacan como esenciales (art.37) su deber de actuar con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en defensa de los intereses de sus representados, conduciéndose con probidad, lealtad veracidad y respeto en sus relaciones con los órganos administrativos, jurisdiccionales, con sus compañeros, letrados y su mandante. Los arts.38 y 39 hacen alusión a otros deberes, como el de guardar secreto profesional, sobre cuantos hechos, documentos y situaciones relacionadas con sus clientes de los que hubiese tenido conocimiento por razón del ejercicio de su profesión. Entre sus derechos se encuentra el percibir la remuneración justa y adecuada a sus servicios con arreglo a las disposiciones arancelarias vigentes ,(art.40 b)) que podrán ser objeto de disminución o incremento en un 10 por 100 cuando así lo acuerden expresamente con sus representados (art.34), o el poder hacer publicidad de sus servicios y despachos de conformidad con la legislación vigente(art.35).

c) El turno de oficio

Los abogados, y los procuradores cuando su intervención sea preceptiva, asumen la obligación de defender y representar de oficio a los que lo soliciten, que deberán acreditar el haber obtenido o al menos el haber promovido la concesión del beneficio de justicia gratuita,(según Ley de asistencia jurídica gratuita 1/1996, de 10 de enero, que desarrolla las previsiones del art.119 CE, 20.2 Y 440 LOPJ, cuya regulación remite a la correspondiente ley ordinaria y art.45 EGA y art.42 EGPT). En ningún caso pueden actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o

viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en el que se halle inscrito(art.27 LAJG, art.44.2 EGPT). Obligación, que también se extiende para los abogados, al servicio de asistencia al detenido para asegurar en todo caso, el derecho a la defensa desde el mismo momento de la detención(art.45.3 EGA).

Hasta tiempos recientes la defensa en turno de oficio era obligatoria para todos los letrados colegiados, considerándose como una contribución profesional honorífica a la sociedad.

En la actualidad y a la vista de la extensión del derecho de defensa por imperativo de los postulados constitucionales, prima la consideración de servicio que ha de prestar el Estado a quienes carecen de medios suficientes, con el fin de que no constituya un obstáculo a la tutela judicial, y es voluntaria la adscripción a dicho turno, habiéndose consignado en los presupuestos generales del Estado, cantidades para atender al mismo que se distribuyen a través de los Colegios profesionales, en función de cada asunto atendido⁹⁸. La adscripción

⁹⁸ Art.30 LAJG: " La intervención de profesionales designados de oficio para la asistencia , defensa y representación gratuita sólo podrá ser retribuida con cargo a los fondos públicos contemplados en el art.37, cuando exista reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita efectuado en los términos contemplados en esta ley Art.37 LAJG: "Subvención.El Ministerio de Justicia subvencionará, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y de Procuradores". Art.38 LAJG:"Gastos de funcionamiento. Reglamentariamente se establecerá el sistema a través del cual se subvencionará, con cargo a las dotaciones presupuestarias del Ministerio de Justicia, el coste que genere a los Consejos Generales y Colegios profesionales de Abogados y Procuradores el funcionamiento operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita, de las unidades encargadas del asesoramiento y la orientación previos al proceso a los ciudadanos y de la clasificación provisional de las pretensiones solicitadas. Dicho sistema se ajustará en todo caso a las siguientes reglas: a)La subvención se determinará para cada Colegio con un sistema de módulos compensatorios por expediente tramitado. b) Hasta tanto no se cumpla el mencionado requisito, los colegios percibirán la cuantía que resulte de aplicar el 8 por 100

al turno de oficio para los procuradores es obligatoria, salvo que los Estatutos particulares de los Colegios dispongan otra cosa (art.45.4 EGPT).

Realmente, es un tema muy conflictivo, porque las compensaciones económicas para quienes los desempeñan son muy reducidas, porque son muchos y diversos los asuntos que se turnan, y porque no está garantizada la preparación del designado para el asunto en particular, habiéndose llegado en algunos colegios profesionales, a exigir determinadas condiciones para la pertenencia a dicho turno, como el de Oviedo, que se requiere dos años de pasantía o Escuela de Práctica Jurídica, más dos años de ejercicio efectivo (colegiado como ejerciente)⁹⁹.

Las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados y Procuradores tienen establecidas las reglas para los turnos en el

al coste económico generado en cada período de liquidación por las actuaciones profesionales mencionadas en el art. anterior." Art.39 LAJG: "Gestión colegial de la subvención. Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de los Procuradores de los Tribunales de España distribuirán entre los Colegios de Abogados y de Procuradores el importe de la Subvención que corresponda a la actividad desarrollada por cada uno. Art.40 LAJG: "Retribución por baremo. En atención a la tipología de procedimientos en los que intervengan los profesionales designados de oficio, se establecerán, previo informe del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo General de los Colegios de los Procuradores de los Tribunales de España, las bases económicas y módulos de compensación por la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita."

⁹⁹El art.25 de la LAJG establece: El Ministerio de Justicia, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los colegios de Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional de defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios profesionales, sin perjuicio de los requisitos complementarios que puedan establecer las Comunidades Autónomas competentes." Y en este sentido existe una Orden de 3 de Junio de 1997(BOE del 17).

repartimiento de los pleitos y causas con beneficio de justicia gratuita¹⁰⁰. Existen cuatro turnos, uno en cada orden jurisdiccional.

Los abogados y Procuradores no podrán excusarse del nombramiento de oficio, no obstante en el proceso penal, los abogados designados podrán excusarse de la defensa cuando concurra un motivo personal y justo, que deberá ser apreciado por los Decanos de los Colegios (art.31 LAJG), en caso de ser aceptada se inicia de nuevo el procedimiento de designación.

Cuando un abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión, (lo cual no es posible en el proceso penal, donde la defensa del acusado o imputado es obligatoria), si el Colegio o el Ministerio Fiscal la estimarán defendible se procederá al nombramiento de un segundo abogado para quien será obligatoria la defensa (art.32, 33, 34 y 35 LAJG).

Así mismo corresponde a los abogados la asistencia y defensa de quienes soliciten abogado de oficio o no designen abogado en la jurisdicción penal, sin perjuicio del abono de honorarios por el cliente si no le fuere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art.45.2 EGA)

En el resto de proceso, también puede solicitar procurador o abogado de oficio cualquier ciudadano libremente, por ejemplo porque no conozca ninguno, pero si tiene suficientes recursos, deberá pagar la minuta correspondiente.(art.33 LEC 1/2000)

¹⁰⁰ Art.24 LAJG: "Distribución por turnos. Los Colegios profesionales establecerán sistemas de distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio. Dichos sistemas serán públicos para todos los colegiados y podrán ser consultados por los solicitantes de la asistencia jurídica gratuita. Los Colegios de Abogados, salvo aquellos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, constituirán turnos de guardia permanente para la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido."

VI.
CONSTITUCIÓN Y CONTROL
CONSTITUCIONAL

1.CONCEPTOS

I. El orden jurídico que la Constitución trata de establecer precisa ser guardado de forma que pueda exigirse el cumplimiento de sus preceptos, en los casos de violación ante los organismos e instituciones adecuados, que en su sentido amplio serían todos los del Estado, pues en un recurso de alzada gubernativo puede invocarse y debe obtenerse la protección constitucional. En un sentido más estricto estaría encomendado a los Jueces y Tribunales, como norma suprema que rige su actuación (art. 5 LOPJ), estando facultados para plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, cuando considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. Y más particularmente el control de la constitucionalidad corresponde al TC.

Pero además es necesario arbitrar un procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes, que no puede ejercer el juez como ejecutor de ella, sino un órgano diferente que a través de un recurso directo pueda resolverse "in genere" sin relación con ningún supuesto concreto o caso real planteado en la práctica, sobre la conformidad con la Constitución de una determinada ley, y en este sentido el TC tiene unas atribuciones exclusivas.

II. El artículo segundo de LOTC determina:

"1. El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina:

- a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución.
- c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Es-

- tado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.
 - e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.
 - f) De las impugnaciones previstas en el número dos del artículo ciento sesenta y uno de la Constitución.
 - g) De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente ley.
 - h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes Orgánicas.

2. El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado", autorizados por su Presidente".

El TC se compone de doce miembros nombrados cuatro por el Congreso, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial.

J. GONZÁLEZ PÉREZ, entiende que la prevalencia del legislativo en tales nombramientos excede de lo "razonable", supone una acusada politización y por muchas garantías formales de independencia con las que se le rodea, resulta difícil considerarlo materialmente "jurisdiccional"¹⁰¹.

2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La denominada justicia constitucional y su expansión es uno de los fenómenos jurídicos más interesantes de los últimos decenios, y se ha convertido en una preocupación para los procesalistas¹⁰², que ven

¹⁰¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid. 1980, pág. 88.

¹⁰² ALMAGRO. *Justicia Constitucional*. Madrid. 1980, pág. 9.

en ella un peligro para el equilibrio de poderes y de que se transforme en una función política al servicio del poder, con la correspondiente influencia negativa en la función de los jueces y tribunales¹⁰³ desde el momento en que pueden anular sus resoluciones con grave daño para la función jurisdiccional.

Por eso su naturaleza ha sido muy discutida. Para algunos es un tribunal fundamentalmente político (GORDILLO) negándose su carácter jurisdiccional¹⁰⁴ y hasta configurándolo como un cuarto poder¹⁰⁵.

Dentro de las corrientes que le confieren carácter jurisdiccional, es normal ver en él particularidades que le dan carácter especial (GONZÁLEZ PÉREZ). No debemos fijarnos en la nota de la independencia¹⁰⁶ como definitiva para otorgar carácter jurisdiccional, sino en la propia esencia y contenido de la función que reside en decir derecho para cada caso concreto, y ello no es misión del TC.

No existiría inconveniente en hablar de jurisdicción constitucional, pues así ya queda calificada, y diferenciada de la genuina jurisdicción, como lo hace el art. 123 de la Constitución cuando señala que

¹⁰³ CAPPELLETTI. *Proceso, Ideología y Sociedad*. trab. cit. pág. 381.

¹⁰⁴ C. SCHMITT. *Der Huter der Verfassung*. Tübingen. 1931, pág. 36. Se considera que parte de este autor la teoría de que no es una verdadera jurisdicción la que realizan los tribunales constitucionales, porque mientras el juez ordinario tiene una misión meramente declarativa, de subsumir hipótesis legales concretas dentro de las hipótesis legales abstractas previstas por la norma, el juez constitucional opera prevalentemente con normas genéricas e inciertas, determinando cuál es el contenido de la norma constitucional, y por consiguiente es una función legislativa.

¹⁰⁵ El propio ORTEGA Y GASSET veía en el Tribunal de Garantías Constitucionales un cuarto poder. *Discursos Políticos*. Alianza Editorial. Madrid. 1974, pág. 163. MEYERS, niega el carácter jurisdiccional, y se pregunta si a través de la justicia constitucional no habrá nacido en Alemania un cuarto poder, por encima de los demás, dados los efectos y la generalidad, por aplicación general y amplia vinculación de las resoluciones del juez constitucional.

¹⁰⁶ ALMAGRO. *Justicia Constitucional*. trab. cit. pág. 10.

el Tribunal Supremo, es el órgano superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

3. SIGNIFICACIÓN EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

I. El tema es bastante delicado porque los límites son claros en la realidad, y el propio TC en su doctrina sienta la de que "las reglas que regulan las competencias deben ser analizadas e interpretadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, sin que corresponda a este tribunal entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el tribunal ordinario, se dio o no en el proceso correspondiente" (STC 15.2.85).

En la de 29.10.86 añade:

"El TC puede y debe asegurar que los cambios en la interpretación y aplicación de la ley no son arbitrarios o irrazonables, pero sólo puede ejercer esta función mediante el control de las instancias judiciales, que, siendo supremas en todo salvo en lo que toca a las garantías constitucionales (art. 123.1 CE), son las que han de asegurar que aplican de modo igual la ley todos los tribunales inferiores del orden correspondiente y cuya función usurparía si hubiera de resolver, al margen de la posible afectación de derechos fundamentales sustantivos o de la toma en consideración de alguna de las causas de discriminación que el art. 14 CE taxativamente menciona, sobre cuál es la interpretación correcta de las normas legales".

"No le incumbe a este Tribunal, en su limitada facultad revisora, determinar la existencia o inexistencia de los hechos que se subsumen en la norma y en virtud de los cuales se acuerda la inejecución, pero, partiendo de los hechos resultantes de las actuaciones judiciales, puede examinar la calificación jurídica que de ellos hace el órgano judicial, a la luz del derecho constitucional relevante en este caso, el derecho a la ejecución de la Sentencia". (STC 12.3.87).

En otras ocasiones establece excepciones al examen de la legalidad aplicada, y así tenemos entre otras la Sentencia de 21.1.86:

"El Tribunal, dado que el recurso de amparo no es una tercera instancia, no revisa con carácter general la legalidad aplicada; pero teniendo en cuenta que la inadmisión arbitraria o irrazonable, o basada en una interpretación distinta de la expuesta, afecta al contenido normal del derecho fundamental, entiende que en estos supuestos la resolución judicial puede incurrir en inconstitucionalidad que dé lugar a la estimación del amparo, como sucede en los casos en que se declara la inadmisión por estimar inaplicable un procedimiento que sí era aplicable (Sentencia 11/1982, citada, fundamento jurídico 3), o en que se ha padecido un error patente (Sentencia 66/1983, mencionada, fundamento jurídico 6), o en que la normativa no se ha interpretado en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental y ello ha impedido entrar a resolver sobre el fondo del asunto".

Y la Sentencia de 23.2.87:

"Una decisión judicial que fuese arbitraria, irrazonada o irrazonable no estaría fundada en Derecho y, en consecuencia y de acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución. Pero también debe señalarse que, como la misma recurrente indica, el juicio sobre la arbitrariedad y falta de fundamento jurídico de una resolución judicial debe distinguirse cuidadosamente de las discrepancias que pueden tenerse con la forma en que el juzgador ordinario (en este caso el Tribunal Supremo) interpreta y aplica las Leyes. El Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre esa última cuestión, pues de acuerdo con el art. 117.3 ya citado y el 123.1 de la Constitución, esa interpretación y aplicación corresponde exclusivamente a los órganos judiciales ordinarios, salvo que al hacerlo violasen alguna garantía constitucional".

Para algunos autores¹⁰⁷ sólo cabe hablar de jurisdicción constitucional a partir de determinado concepto de constitución, que permita

¹⁰⁷ RUBIO LLORENTE. trab. cit. págs. 38 y ss.

atribuir a las normas constitucionales una naturaleza distinta a la que es propia de los demás sectores, porque aquéllas en la medida que contienen regulaciones de instituciones civiles, penales, o administrativas, no son diferentes de las restantes normas de esta materia, y la diferente naturaleza sólo podría venir por ser distintos los destinatarios, por estar dirigidas las normas que integran la parte dogmática de la Constitución al legislador y no a los ciudadanos.

Pero la Constitución contiene normas no sólo programáticas o de organización de los órganos del Estado, sino de contenido más concreto de aplicación directa por los jueces y tribunales, sólo en cuanto integran el derecho civil, o el penal que aplican en un determinado caso, y siempre con vistas a esa resolución concreta del supuesto particular, que es el dato definidor de la jurisdicción, y que no alcanza a la función realizada por el TC limitado al control de la constitucionalidad de las normas en general, con las manifestaciones concretas que hemos indicado, exclusivamente en su mayoría. El control constitucional que puede atribuirse a los tribunales, en el ejercicio de las funciones que le son propias, es limitado, particularizado, e impuesto por la imposibilidad de distinguir en muchas ocasiones entre la denominada "legalidad ordinaria" y la "legalidad constitucional" pues el ordenamiento jurídico es un todo armónico. Pero como ese control no es suficiente, precisa el amplio y generalizado del TC, cuya misión no es la de individualización jurídica jurisdiccional, a la que también cabe controlar sólo genéricamente, para comprobar si se han violado derechos y libertades constitucionales, no permitiéndosele otras consideraciones sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. Por eso se afirma que el TC sin ser un órgano jurisdiccional incide en la actividad jurisdiccional con gran frecuencia¹⁰⁸.

Y ha habido supuestos en los cuales se ha convertido en una verdadera instancia revisora¹⁰⁹, dando lugar a protesta por parte de la

¹⁰⁸ DE LA OLIVA, M. FERNÁNDEZ. *Lecciones de Derecho Procesal*. I. Barcelona. 1986, pág. 46

¹⁰⁹ GÓMEZ DE LIAÑO, F. *El Tribunal Constitucional y la Tercera Instancia*, en

Sala Primera del Tribunal Supremo, que consideró que se invadían sus competencias¹¹⁰.

"Tribuna Jurídica", junio 1993, pág. 12. Dice:

"En esta situación es dictada la sentencia de 25 de marzo de 1993 de la que es ponente el propio presidente del Tribunal, en la que se estudia el caso de una condena penal impuesta por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Alicante, confirmada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la misma localidad, a persona que ejercía actividades de mediación inmobiliaria, sin poseer el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, porque el art. 321 del Código Penal castiga el delito de intrusismo profesional.

El TC anula las sentencias condenatorias, por entender que los hechos no son constitutivos de delitos y por discrepar de examen de los hechos y su subsunción en el tipo legal que como se decía en la sentencia antes citada (17/88) incumbe los tribunales ordinarios, que en este caso hicieron los tribunales de Alicante señalando lo siguiente: En este sentido debe recordarse que, conforme apuntábamos en nuestra STC 50/1984 (fundamento jurídico 3?), "la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al "plano de la constitucionalidad" y la jurisdicción ordinaria al de la "simple legalidad", pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le está encomendada".

Este Tribunal ha declarado ya (STC 89/1983) que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas previstas en el ordenamiento. Pero también ha afirmado (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 2?, y 75/1984, fundamento jurídico 3?), "que una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal.

Cabe, pues, que examinemos, a la luz de esta doctrina, las resoluciones judiciales impugnadas en cuanto de la interpretación y aplicación que en ellas se hace del precepto penal mencionado, se derive la lesión de un derecho fundamental protegido mediante el recurso de amparo. Y a este respecto conviene hacer algunas precisiones relativas al derecho consagrado en el art. 25.1. C.E., cuya vulneración se atribu-

II. A través del **RECURSO DE AMPARO**, el TC puede conocer de las violaciones de los derechos y libertades que tuvieron su origen en actos u omisiones de órganos jurisdiccionales, siempre que se den los requisitos del art. 44 de la LOTC¹¹¹ recurso que tiene una naturaleza subsidiaria de la actuación jurisdiccional, porque requiere que

ye a las Sentencias impugnadas.

El Fiscal se opuso a la admisión del recurso por entender que la interpretación de los tipos penales que llevan a cabo los órganos judiciales constituye una cuestión de mera legalidad que no puede ser revisada por el TC.

En sectores jurídicos diversos se ha mostrado una comprensible preocupación por los efectos del recurso, ya que la vía argumental que utiliza es válida para revisar muchas sentencias de los tribunales de justicia, dando lugar a algo que se parece mucho a una tercera instancia"

¹¹⁰ TRILLO TORRES, Magistrado del T.S. en ABC del 13.2.94 y bajo el título *El problema político del amparo constitucional*, señalaba: "El Tribunal Constitucional se ha dejado llevar por un autocomplaciente sentido expansivo de su función, hasta el punto de casi reservarse el monopolio de la racionalidad jurídica, lo que indefectiblemente ha determinado, que invada terrenos que no le competen y que además constriña a un Poder, el Judicial, que se define precisamente por ser garantía de derechos"

¹¹¹ Art. 44.1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional tuvieron su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) Que se han agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.
- b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.
- c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 20 días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Art. 46.1. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional:

- a) En los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

éstos hayan tenido la oportunidad de conocer la infracción constitucional apreciada por alguna de las partes durante la tramitación del proceso (STC 22.7.87), salvo que se haya producido en la última de las instancias judiciales, tal violación, en cuyo caso habría sido imposible su invocación.

El agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria es un presupuesto para la procedencia del recurso de amparo, en conexión con el art. 53.2 de la Constitución en virtud del cual el ciudadano recabará la tutela de los derechos y libertades a que se refiere ante los Tribunales ordinarios, y en su caso a través del recurso de amparo¹¹².

b) En los casos de los arts. 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. Si el recurso se promueve por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, la Sala competente para conocer del amparo constitucional lo comunicará a los posibles agraviados que fueran conocidos y ordenará anunciar la interposición del recurso en el "Boletín Oficial del Estado" a efectos de comparecencia de otros posibles interesados. Dicha publicación tendrá carácter preferente.

Art. 49.1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

2. Con la demanda se acompañarán:

- a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.
 - b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.
3. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.

¹¹² La STC de 16 de octubre de 1984, estudia la cuestión de averiguar cuándo puede afirmarse que se han agotado todos los recursos utilizables cuando existen aquéllos de carácter extraordinario como el de revisión en la JC, señalando que en aquellos casos en los que existe una limitación de las causas posibles de interposición sólo es exigible agotar tal recurso, cuando dentro de esas causas puede examinarse el derecho fundamental que se dice violado.

Sería un remedio extraordinario para el supuesto de que hubiesen sido ineficaces las reclamaciones ante los Tribunales ordinarios, y que constituye un verdadero proceso con partes que solicitan y tribunal que decide; sería un proceso constitucional independiente a la vía judicial y por encima de ella, por lo cual se ha considerado, si no como una tercera instancia, sí como una posibilidad más de impugnación, de la que el justiciable ha hecho un uso indebido y desmesurado, olvidándose de su verdadera naturaleza.

Desde la creación del TC hasta octubre de 1987 se habían interpuesto 6.015 recursos de amparo, de los cuales 4.368 han sido desestimados, y sólo 668 casos se ha llegado a la sentencia. Esto originó una reforma¹¹³ para agilizar el trámite de admisión de recursos, de

¹¹³ La LO 6/88 de 9 de junio (BOE 11.7.88) dispone:

"Artículo primero:

El artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

Art. 50.1. La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46 o concurra en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2.

b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional.

c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

d) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

2. La providencia a que se refiere el apartado anterior, que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso, se notificará al demandante y al Ministerio Fiscal. Contra dicha providencia solamente podrá recurrir el Ministerio Fiscal, en súplica en el plazo de tres días. El recurso se resolverá mediante auto.

3. Cuando en los supuestos a que alude el apartado primero no hubiere unanimidad,

forma que sirva de filtro para aquéllos que carecen en absoluto de fundamento y contenido constitucional, cuestión complicada y difícil que ha producido vacilaciones y disidencias en el seno del propio TC¹¹⁴.

la Sección, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de diez días, podrá acordar mediante auto la inadmisión del recurso.

4. Contra los autos a los que se refieren los apartados 2 y 3 anteriores no cabrá recurso alguno.

5. Cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, la Sección procederá en la forma prevista en el artículo 85.2; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno.

Artículo segundo:

El artículo 86.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

1. La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica será de aplicación a las demandas de amparo que se encuentren pendientes de admisión a la fecha de su entrada en vigor.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

¹¹⁴ Ver MARTÍNEZ VAL. *La Reforma de la Ley del Tribunal Constitucional*. "B.I.C. Abogados de Madrid" N° 1, 1988, pág. 12:

"Quizá fuera oportuno recoger en la ley de reforma algunas de las doctrinas procesales ya establecidas en sus Sentencias y Autos por el propio TC y desde luego aún más preferible ir a una reforma de la Constitución, en el Título VIII (De la organización territorial del Estado), que por sus contradicciones, ambigüedades y faltas de técnica, da constantemente un trabajo difícilísimo al TC en conflictos de competencia, y en el Título IX, "El Tribunal Constitucional", para darle una mejor y más amplia planta.

Debe de quedar muy clara la idea de que a través del recurso de amparo sólo se puede comprobar si se ha otorgado la completa tutela judicial a que el ciudadano tiene derecho, sin que se revoquen nunca las decisiones judiciales, porque en su caso sólo se anulan, y se devuelven al tribunal para que se subsane el defecto o infracción observada, y se vuelva a dictar sentencia que puede ser idéntica.

Pensemos en el caso del emplazamiento defectuoso, recurso indebidamente rechazado, legitimación desconocida, ausencia de publicidad, etc., que puede permitir una sentencia de fondo idéntica a la producida anteriormente.

Se habla así de la existencia de un derecho procesal constitucional, como conjunto de normas que regulan el proceso constitucional, y que sería en opinión de algunos autores¹¹⁵ una rama más como el proceso laboral partiendo de la unidad fundamental del proceso. Sin embargo tal opinión no podemos compartirla porque si bien es posible comprender dentro del proceso jurisdiccional ordinario, las cuatro ramas clásicas de civil, penal, laboral y contencioso-administrativo, porque todos sirven para la aplicación del ordenamiento jurídico en general al caso concreto de que se trata, ya venimos apuntando la diferencia esencial del proceder del TC, que naturalmente se transmite al proceso que le sirve de instrumento.

Nuestro TC ha sufrido muchas críticas, sobre todo cuando se ha dividido en dos partes exactamente iguales (Sentencias sobre RUMASA y el aborto). Algunas de ellas han surgido de su propio seno, con ocasión de fundamentar votos particulares en disidencia. Así en los de los Magistrados señores Arozamena, Latorre y Díaz de Velasco y Rubio Llorente, que en su disidencia de la Sentencia de 11 de abril de 1985, en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre la ley de despenalización del aborto, dijeron nada menos que esto:

- El TC traspasa los límites de su potestad jurisdiccional (Arozamena).
- El TC invade competencias del Poder Legislativo (Latorre y Díaz de Velasco).
- El TC lisa y llanamente suplanta al legislador, quizá más aún, al propio Poder Constituyente (Rubio Llorente). (Vid. también mi comentario a esa Sentencia, en

BOLETÍN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, número 2/1985, marzo-abril, páginas 95 y siguientes)".

¹¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ. *Derecho Procesal Constitucional*. trab. cit. págs. 51 y ss.

VII.
PROCESO, PROCEDIMIENTO
Y JUICIO

1.-CONCEPTOS

Hasta la Edad Media no aparecen las expresiones de "procedere" y "procesus", pues a pesar de su origen latino, en el derecho romano, se usó la de juicio ("iudicium") utilizada preferentemente por nuestras leyes procesales, denominadas de enjuiciamiento, regulando el "juicio" ordinario o el "juicio" verbal, entre muchos, que en realidad son procedimientos.

Proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, pero en el primero predomina la idea de actuar de forma ordenada, el proceso es actividad de las partes que alegan, del perito que informa, del secretario que da cuenta y fe, para propiciar la resolución judicial que se concreta en **el juicio**, que es la acción de juzgar. Y el procedimiento está constituido por las formas externas que en cada supuesto adopta un proceso. Hay un solo proceso civil, penal administrativo o laboral, existiendo multitud de procedimientos, sobre todo en el orden civil. El juicio se refiere a la decisión judicial, que está compuesta por razonamientos, y constituye la culminación del proceso de declaración, en el cual sería el último de los actos que lo componen, aunque no en el proceso de ejecución, en el cual el juicio pasa a un segundo plano, pues aunque pueden producirse resoluciones judiciales motivadas, los actos procesales de coerción se sitúan en una posición principal.

El proceso sirve a la actividad jurisdiccional, pero no se identifica con ella, matiz importante del que puede derivar su carácter instrumental, pues si fuera una misma cosa que la actividad jurisdiccional, nunca tendría aquel carácter, incompatible con el aspecto creador de ésta.

Y para que sirva a esa actividad debe partir de la propia realidad social, de manera que la contemplación de las necesidades e imposi-

ciones de la vida cotidiana den forma a ese orden de proceder tan antiguo como la propia humanidad que en sus más primitivas organizaciones conoció el método elemental que subyace en todo proceso: oír y probar antes que decidir. Al legislador sólo le cabe recogerlo y regularlo de una manera determinada, de forma tan natural como para la generalidad de las instituciones jurídicas que tienen su razón de ser en el sustrato experimental que muestran el "deber ser" jurídico.

2.-EL JUICIO. JUICIOS HISTÓRICOS, LÓGICOS Y CRÍTICOS

I. La manifestación más genuina de la jurisdicción es el juicio entendido como opinión sobre una determinada cuestión jurídica, que pronunciada por el juez resuelve una discusión. Como el derecho en general es algo abstracto, a través de la decisión judicial se convierte en concreto, en algo tangible susceptible de satisfacer a los interesados, porque según expresaba CARNELUTTI, el juicio es la encarnación del derecho, y el derecho no existe sino encarnado¹¹⁶.

El momento del juicio es el de plenitud jurídica en la medida relativa que el proceso humano la puede proporcionar, porque en definitiva no es otra cosa que la opinión de un hombre o de varios hombres formando colegio, con el fin, en este caso, de contrastar pareceres para tratar de acercarse a la resolución justa, que en la mayoría de los casos no puede satisfacer a todos porque como nos enseñó KELSEN el orden de lo justo es subjetivo y en inevitable contradicción con la opinión de otros¹¹⁷. ¿Cómo podría de otra forma entenderse que un mismo conflicto planteando entre distintos tribunales, tenga también soluciones diferentes?

Esta es la premisa sobre la cual debe analizarse el juicio jurisdiccional, en el que radica la grandeza y al propio tiempo la miseria del

derecho¹¹⁸, y en razón del cual el derecho procesal llega a sus metas más ambiciosas, y raya con la filosofía del derecho¹¹⁹.

Cuando el abogado prepara cuidadosamente su demanda o su informe, localiza normas, las interpreta y pone en conexión con el ordenamiento jurídico en general y forma un todo coherente que ofrece al juzgador, está realizando una labor creativa, preparadora de aquella otra que el juez va a realizar posterior y definitivamente para desentrañar el significado del derecho, que no es algo que nos venga dado por una simple operación deductiva.

Cuando el juez ha reunido todo el material fáctico, probatorio y jurídico, ha de realizar un trabajo riguroso de investigación e interpretación que es creador, y que resolviendo un supuesto concreto, surgen como algo nuevo en la vida del derecho, con autonomía y fuerza vinculante. En esta labor no cabe hablar y distinguir entre actividades científicas y prácticas, porque el estudio ordenado es siempre científico investigando y tratando de conocer los entresijos de la ley, y en función de la resolución de una realidad social.

II. La jurisdicción se manifiesta en tres momentos capitales:
-el inicial o constitutivo determinado por la litispendencia;
-el fundamental o decisivo, que se identifica con la sentencia firme;
-y el conclusión y satisfacción plena, que se concreta en la ejecución¹²⁰.

La manifestación fundamental se centra pues en la sentencia, que contiene el juicio jurisdiccional, la declaración jurídica que ha de resolver el conflicto planteado, determinando el derecho para ese caso concreto.

¹¹⁸ SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios trab.* cit. pág. 63.

¹¹⁹ RAMOS MÉNDEZ. *Derecho y Proceso*. Barcelona. 1978, pág. 176

¹²⁰ ALCALÁ-ZAMORA, *Notas...*, pág. 502. GUASP. *Derecho Procesal...*, cit., pág. 11.

¹¹⁶ *Derecho y Proceso*, cit. pág. 6.

¹¹⁷ ¿Qué es la Justicia? Trad. de A. Calsamiglia. Barcelona. 1982, pág. 36.

Durante mucho tiempo se ha atribuido al juicio jurídico un carácter eminentemente lógico, partiendo del esquema del silogismo judicial, en el que la premisa mayor estaría constituida por la norma legal aplicable al caso, la menor por los hechos, y la conclusión por la adecuación de la norma al hecho.

En tales circunstancias el juicio tenía una naturaleza lógica muy concordante con el normativismo puro que ha imperado en épocas pasadas, y según el cual todo el derecho se encuentra en la norma, siendo la labor judicial de simple aplicación de aquella¹²¹.

Hoy se considera acertadamente que el silogismo judicial como esquema es inaceptable, ya que la resolución judicial comprende cuestiones de difícil solución que no pueden encerrarse en tan sencillo planteamiento.

El juicio jurisdiccional es una entidad compleja, integrada por jui-

¹²¹ Para ROCCO, "La norma jurídica es un mandato que, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concreta, que es lo que hace precisamente el juez en la sentencia. Pero, evidentemente, en esta operación el juez no añade ninguna partícula de voluntad propia a la voluntad ya manifestada por el legislador. La operación por la cual dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma es una pura operación lógica y, como se suele decir, un silogismo, en el cual, tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma de conducta que hay que seguir en el caso particular; el juicio lógico no cambia ciertamente la naturaleza por sólo tener por objeto una declaración de voluntad, esto es, una norma jurídica. La actividad mental del juez sigue siendo una actividad puramente teórica aunque se ejercite sobre un problema de la actividad práctica de otro, o sea, sobre una declaración de voluntad ajena. La operación del juez no es, pues, sustancialmente diversa, de la de cualquier particular, que quiera deducir de la regla general la regla particular del caso concreto. Única diferencia es el distinto valor de juicio, o sea, la diversa eficacia jurídica del producto de aquella actividad. El Derecho objetivo atribuye en efecto a la sentencia del juez, dados ciertos supuestos, una fuerza obligatoria de que no posee la opinión de un particular. Pero tampoco aquí la voluntad del juez entra en juego, sino la ley que reconoce dicho efecto jurídico al juicio lógico del juez". *La Sentencia Civil*. México. 1944, pág. 51.

cios lógicos, históricos y críticos que se entrecruzan entre sí en las distintas etapas de la resolución judicial. Siguiendo en esencia la doctrina del profesor SERRA DOMÍNGUEZ, nos referimos seguidamente a ellos.

III. Los juicios históricos van encaminados a reconstruir los hechos y a determinar la existencia de la norma, y son los primeros que ha de realizar el juez. Los hechos a tener en cuenta se introducen en el proceso a través de los instrumentos probatorios en sentido estricto, que son el interrogatorio de las partes, los documentos y los testigos, a través de los cuales el juez va depurando los datos a tener en cuenta utilizando, si es necesario, las máximas de experiencia que le pueden proporcionar los peritos, o que le son conocidas a través de las presunciones, para llegar en suma a su valoración conforme a las reglas correspondientes.

En la determinación de la norma aplicable, el juez ha de utilizar sus conocimientos jurídicos conforme al sistema de fuentes establecido. La ley, la costumbre y los principios generales del derecho, complementados por la jurisprudencia, y ponderados equitativamente le llevarán a determinar el material jurídico a utilizar.

La "norma", no equivale aquí a derecho positivo, sino que ha de entenderse en un sentido más amplio comprensivo de todo el sistema de fuentes de derecho, ya que de otra forma, en muchos casos, nos quedaríamos en este primer estadio ante la imposibilidad de encontrar ley aplicable, por la frecuente presencia de lagunas en el ordenamiento legal.

IV. Los juicios lógicos tienden a averiguar los posibles significados de la norma, sobre la base de los hechos conocidos.

Dicha investigación debe efectuarse en todos los casos, incluso en aquéllos en los que el significado de la norma aparezca totalmente claro, pues la claridad sólo puede descubrirse después de haber buscado mediante procedimientos lógicos, aunque sean reducidos a la

mínima dimensión, el significado de la norma.

Mediante dicha investigación es posible que resulte un único significado de la norma, en cuyo caso terminaría la interpretación propiamente dicha. Pero pueden surgir problemas en aquellos supuestos, los más interesantes doctrinalmente, en que una norma presente varios significados. En estos supuestos será preciso efectuar una elección entre los varios posibles significados de la norma. Elección que podrá efectuarse mediante el método lógico inductivo, excluyendo diversos significados posibles de la norma hasta encontrar el verdadero significado, pero que normalmente no podrá ser resuelta sino mediante la elección por el juez del significado más adecuado a las circunstancias del caso concreto, elección que estudiaremos en el próximo apartado y que se verifica mediante un juicio crítico o de valor.

V. Los juicios críticos o de valor son los que determinan la elección entre los posibles significados de la norma, y los que han de servir de base a la resolución judicial.

Sobre este punto hemos de tener en cuenta, las siguientes consideraciones:

1º- Que si existe norma aplicable al caso en cuestión, ésta puede presentar distintos significados, y la mejor prueba de ellos son las divergencias jurisprudenciales sobre casos iguales. El juez como persona puede sostener no sólo opiniones particulares sobre la interpretación de la norma, sino que además ha de ponderar las circunstancias concurrentes de toda índole, antes de emitir su juicio de valor¹²².

¹²² DE MARINI, ha puesto de manifiesto la influencia de los juicios de valor a lo largo de todo el juicio jurídico y en especial en relación con los significados de la norma. El juicio de valor se da siempre, según este autor, e incluso en aquellos casos en los que la norma tenga un solo significado. En aquellos casos en los que existen varios, el juez ha de llegar hasta el correcto gracias a la selección jurídica mediante juicios sucesivos de valor que se intercalan con los juicios lógicos, y que por tanto en una visión superficial del fenómeno podrían confundirse con éstos. *Il giudizio di equità nel*

La ley define, por ejemplo, cuándo procede en líneas generales la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del código civil), pero para decidir en cada caso si ha lugar o no su presencia, puede ser que el juez encuentre tanto razones a favor como en contra. Múltiples factores ajenos a la norma van a influir en la decisión.

2º- Que en otros supuestos no existe norma expresa aplicable al caso, con lo cual se amplían las facultades del juez en orden a la determinación del derecho al caso concreto, mediante el amplio juego de las fuentes secundarias de derecho.

3º- Que en muchas ocasiones, la propia ley concede facultades muy amplias al juzgador. Ciñéndonos a nuestro derecho nos encontramos con las otorgadas en el proceso penal en orden a recorrer diversos grados de las penas, las relativas a las fijaciones de cuantía de los arts. 1103, 1154, y otros del código civil o para fijar el plazo de cumplimiento de determinadas obligaciones (art. 1124 del código civil), o en los casos de los llamados "standars" jurídicos¹²³.

4º- Que la vaguedad propia de la norma exige una amplia colaboración judicial a la vista de las circunstancias de cada caso. Suele ponerse el ejemplo del término "necesidad" de la legislación de Arrendamientos Urbanos, que sólo puede determinarse por el juez mediante una valoración crítica de los hechos concretos.

5º- La consagración de la doctrina del abuso del derecho en el art. 7 del código civil en su redacción del 17 de marzo de 1973, generaliza la posibilidad de adopción de medidas judiciales para que no prosperen pretensiones amparadas por una determinada norma, cuando sobrepase manifiestamente los límites de su ejercicio, con daño para

processo civile. Padua. 1959, pág. 118.

110 El juez tiene amplias facultades para valorar si se ha mediado la diligencia propia de "Un buen padre de familia", la buena o mala fe, etc...

¹²³ SERRA. *Estudios...*, cit., pág. 92. CAPPELLETTI. *Proceso e Ideología*. Bolonia. 1969, págs. 4 y ss.

tercero. Las facultades que en este orden se conceden a los Tribunales son amplísimas, ya que pueden determinar que el derecho en su caso concreto es diametralmente opuesto a la previsión legislativa en aras a la obtención de un resultado más justo.

6º- El mandato judicial contenido en esta sentencia, puede apartarse del criterio legal, y será jurisdiccional y producirá todos los efectos legales, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el juez como funcionario, con lo cual los juicios de valor pueden adquirir relevancia incluso en contra de una norma legal.

Ante un determinado hecho afirmado por las partes, el juez inconscientemente adopta una posición: desea que resulte o no acreditado, en cuanto de ello dependerá la resolución judicial que debe dictar. Y este juicio de valor repercute en la apreciación de las pruebas por el juez, que se muestra más benévolo respecto de aquellas pruebas que corroboran un hecho de interés para la conclusión jurídica que intuitivamente considera justa, y exige un mayor rigor en aquellas pruebas tendentes a la demostración de la existencia de un hecho que integra uno de los presupuestos de la consecuencia jurídica legal considerada injusta por el juez¹²⁴.

3.-LA POSICIÓN DEL JUEZ FRENTE A LA LEY

I. A la vista de estas breves, pero expresivas consideraciones, se aprecia la imposibilidad de sujetar el juicio a la ley, cayendo por tierra la teoría normativa de ROCCO¹²⁵ de que la norma no necesitaba ulterior complemento, y la de FAZZALARI¹²⁶, para el que es peligrosa la desviación de la norma para valorar los datos sociales.

¹²⁴ SERRA. *Estudios...*, cit., pág. 92. CAPPELLETTI. *Proceso e Ideología*. Bolonia. 1969, págs. 4 y ss.

¹²⁵ ROCCO. *La Sentencia Civil*. Trad. de OVEJERO. Méjico. 1944, pág. 119.

¹²⁶ FAZZALARI. *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*. "Rivista di Diritto Processuale". 1965, págs. 18 y ss.

Los supuestos mencionados abren un campo importante a la actuación judicial, en los cuales el juicio jurisdiccional está llamado a integrar y adecuar el ordenamiento jurídico, creando efectivamente el derecho aplicable, sin que ello suponga arbitrariedad ni capricho pues el juez debe combinar criterios normativos, de razón y experiencia.

Estimamos con un amplio sector de nuestra doctrina que la función del juicio jurisdiccional reside en integrar y completar la ley, creando la norma si falta, y corrigiéndola cuando contribuye a la injusticia¹²⁷.

La verdad es que en el juicio jurídico al concurrir simultáneamente la inteligencia y la voluntad del juez se puede reconocer al propio tiempo la aplicación y la creación del derecho, en cuanto aplica normas abstractas y a la vez crea normas concretas en direcciones dispares al amparo de esa discrecionalidad que hemos apreciado existe, y que explica las discrepancias jurisprudenciales dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

En el ámbito del derecho procesal hemos venido asistiendo a la creación jurisprudencial de instituciones desconocidas por la ley, como el litisconsorcio pasivo necesario, la regulación del allanamiento, intervención de terceros, etc., con fluctuaciones y vacilaciones, que recuerdan las disquisiciones doctrinales, y es que responden unas y otras a particulares criterios de las personas que son en definitiva quienes hacen el derecho.

La gran importancia del derecho procesal radica precisamente en que sólo mediante el proceso se ejercita la jurisdicción, y ésta es, en

¹²⁷ PRIETO CASTRO, afirma que la función jurisdiccional integra e incluso crea reglas jurídicas en aquellas leyes cuyos supuestos no son rígidos, sino flexibles e indeterminados. *Tratado...*, cit., pág. 126. CARRERAS. *Las fronteras del juez*, cit., pág. 123. Advierte este autor que si al juez se le encierra en las fronteras de la ley, no sólo incurre en positivismo, sino que se adopta una peligrosa ficción que la realidad se encarga de desmentir y que lleva consigo muchos males. SERRA. *Estudios*, cit., pág. 113.

definitiva, la única forma de determinación irrevocable del Derecho en el caso concreto. El juicio individual del juez, ajustado o no a la ley, justo o injusto, vale como único derecho indiscutible en las relaciones entre los particulares. De ahí que la actuación dinámica del Derecho tenga lugar únicamente a través de la jurisdicción que regula en forma decisiva las relaciones entre los particulares.

En el sistema de la legalidad el juez debe tener presente la ley, y a su determinación deben conducir los juicios históricos. Cuando no exista ley, puede determinar libremente el Derecho aplicable al caso, siguiendo los principios generales del Derecho, o la decisión que hubiera adoptado de ser legislador, o incluso los principios políticos que inspire el Estado. Incluso determinada la ley aplicable, es libre de elegir de entre los varios significados posibles de la ley el que estime más ajustado a las variables circunstancias de cada momento. La ley es el objeto de la actividad judicial, un dato que se presenta a su conocimiento y que debe ser valorado conjuntamente con los restantes datos para llegar a una resolución. Y una vez hallado el recto significado de la ley puede extraer del mismo la solución que estime más adecuada al caso concreto, fundándose en las peculiares características del caso¹²⁸.

Late en el fondo el viejo problema del normativismo legalista frente al derecho judicial, porque como indica E. DÍAZ, son "dos tipos fundamentales de aproximación metodológica al tema de la investigación, interpretación y aplicación-realización del Derecho: uno, en el que predomina el análisis interno de la norma, investigación preferentemente lógico-formal, buscando deducir desde esa norma de carácter general, la conclusión aplicable al caso concreto; otro, en el que predomina una perspectiva en cierto modo exterior a la norma: aquella de los intereses, fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta un determinado sistema jurídico. En el primer supuesto, lo decisivo es el respeto de la norma y su aplicación estricta a través de un procedimiento lógico de carácter silogístico-deductivo; en el segundo, lo deci-

sivo es la realización de esos intereses, fines y valores descubiertos y actuados por el intérprete y aplicador del Derecho con respecto a cada caso concreto de la vida real"¹²⁹.

II. El juicio, al decir lo que es el derecho para cada caso concreto, ha de partir de la norma jurídica que lo vincula, como también de la doctrina del TC, y de las interpretaciones jurisprudenciales, con un contenido tan rico en razones de adaptación al caso, que le proporcionan la autonomía que predicamos, lejos por supuesto de la discrecionalidad, y mucho más de la arbitrariedad, porque el tribunal tiene que dar explicaciones de las conclusiones a las que llega ya que serán siempre motivadas por imperativo del art. 120 de la C.E., y de lo dispuesto en las leyes de enjuiciamiento, motivación que permitirá el control necesario de aquella actividad valorativa en cuanto el juez debe operar con razones lógico objetivas perfectamente comunicables¹³⁰, pues a la libertad de valoración que se otorga al juez, se corresponde la obligación de expresar sus razones, y ser susceptibles de revisión a través de los recursos¹³¹.

¹²⁹ELÍAS DÍAZ, *"Sociología y Filosofía del Derecho"*. Ed. Taurus. Madrid. 1971, pág. 113.

¹³⁰JIMÉNEZ CONDE. *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*. Salamanca. 1978, pág. 327.

¹³¹"La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación y de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus sentencias, ante todo para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por

¹²⁸SERRA. *Estudios*, pág. 115.

La STC de 12.7.87 se refiere a que "el deber de motivar resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente. Ello no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento puede eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental, como podría haber ocurrido hipotéticamente en el presente caso, en el que la resolución judicial, al pronunciarse negativamente sobre un requisito de procedibilidad, resultó impeditiva del mismo ejercicio de la acción penal, que, como queda dicho, es una facultad esencial que integra el derecho a la tutela judicial efectiva".

Y la de 5.2.97: "El art. 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas y la relación sistemática de este precepto con el art. 24 lleva a la conclusión ineludible de que el ciu-

otra parte, la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría en la práctica a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional "sometido únicamente al imperio de la ley", de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que deba inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes". (STC. 13.5.87).

dadano que tiene derecho, como tutela efectiva, a la Sentencia, la tiene también al requisito o condición de motivada. Esta norma constitucional de necesaria motivación de las Sentencias tiene su origen en exigencias de organización del Poder Judicial, como lo demuestra la colocación sistemática del art. 120.3 y expresa la relación de vinculación del Juez con la Ley y con el sistema de fuentes de Derecho dimanante de la Constitución. Mas expresa también un derecho del justiciable y el interés legítimo de la comunidad jurídica en general de conocer las razones de la decisión que se adopta y, por tanto, el enlace de esa decisión con la Ley y el sistema general de fuentes, en cuanto aplicación de ellas que es.

De este modo, entraña violación del derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución una Sentencia carente de motivación o cuya motivación no fuera reconocible como aplicación del sistema jurídico. Sin embargo, la exigencia de motivación de la Sentencia, en su dimensión constitucional no puede llevarse más allá. El Juzgador debe explicar la interpretación y aplicación de Derecho que realiza, pero no le es exigible una puntual respuesta de todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes pueden efectuar, como ya señaló el Auto de este Tribunal de 28 de enero de 1984, habiendo señalado también este Tribunal que no le corresponde, desde la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales, enjuiciar o censurar la parquedad de una fundamentación o la forma de estructurar una Sentencia y de establecer la conexión entre las consideraciones de ésta y las alegaciones de las partes".

Pero como se ha puesto tantas veces de manifiesto es innegable el hecho de que en muchas ocasiones la motivación real y efectiva de una sentencia, no se corresponde con los razonamientos expresados en ella, porque se encuentran más bien en los pliegues ocultos del ánimo del juzgador¹³². Se refiere CAPELLETTI al sentimiento del juez, la simpatía, antipatía por una parte o por un testigo; el interés o desinterés por una cuestión o una argumentación jurídica; la apertu-

¹³²CALAMANDREI. *Proceso y Democracia*. Padova. 1954, págs. 43 y ss.

ra hacia un tipo evolutivo, histórico sociológico de interpretación de leyes, antes que hacia una interpretación rígidamente formal. Sentimientos, afectos, tendencias, odios, rencores, convicciones, fanatismos; todas las variaciones de esa realidad maravillosa y terrible que es el espíritu humano, reflejadas con o sin velos en las frías líneas, ordenadas y compuestas de los repertorios de jurisprudencia¹³³.

Evidentemente, su planteamiento actual se encuentra lejos del positivismo jurídico, hasta el punto de que se habla del acercamiento al derecho judicial de los sistemas anglosajones, vinculados únicamente a los juicios precedentes a los que se refiere incluso el TC, con poder vinculante cuando se trata del mismo órgano jurisdiccional¹³⁴.

Pero una cosa es que a un determinado juzgado, no le esté permitido apartarse de las interpretaciones y juicios que haya emitido anteriormente por elementales razones de seguridad y de igualdad de trato al justiciable y otra muy diferente la existencia de la "regla del precedente", pues en nuestro derecho ni siquiera vinculan sentencias anteriores dictadas en el mismo asunto por otro orden jurisdiccional, salvo los supuestos de prejudicialidad. El fenómeno podría presentar

¹³³ CAPELLETTI. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. de Sentis. Buenos Aires. 1974, pág. 4.

¹³⁴ "El principio de igualdad jurídica, reconocido en el art. 14 CE, se proyecta también en el proceso de aplicación, incluso judicial, del Derecho, determinando así que un mismo órgano jurisdiccional no puede, en casos iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada". (STC 25.5.84).

"El cambio de criterio en la aplicación de la Ley por un mismo órgano judicial no puede ser arbitrario, sino fundado y motivado. Debe ser también manifiesto, aunque no necesariamente en forma expresa, con tal de que pueda inferirse con certeza o, al menos, con relativa seguridad que el cambio objetivamente perceptible es consciente y que de él queda excluida tanto la arbitrariedad como la inadvertencia, quedando bien entendido que, como lo naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se dé respecto a ella ese alto grado de certeza evocado". (STC. 25.5.84).

concomitancias tangenciales pero responde a sistemas jurídicos muy opuestos si bien sus planteamientos se han acercado en el tiempo¹³⁵.

Como conclusión es necesario dejar muy claro que el juez está sometido a la ley, y más concretamente como dice el art. 117 de la Constitución, únicamente a la ley, con las particularidades que hemos visto en orden a su libertad de movimientos, y a su posibilidad de apartarse de ella, y cuando así ocurra, es importantísimo para el sistema que funcione la eventualidad de anulación en el recurso de casación y el funcionamiento de un sistema de responsabilidad civil y penal. Cuando el recurso de casación se limita, como lo está ahora, y la responsabilidad judicial es ilusoria o lejana el sistema es muy imperfecto y penetra en caminos peligrosísimos, afectando a la propia constitucionalidad del sistema, que no será capaz de garantizar ni la seguridad jurídica, ni la igualdad de los españoles ante la ley.

4.-EL PROCESO

I. La decisión no es instantánea, y exige un orden de proceder, una sucesión de actos ordenados que permitan formar un criterio idóneo,

¹³⁵ "De estos últimos deriva la imposibilidad de exigir del juzgador un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. De un lado, la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en la modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad (STC 63/1984, de 21 de mayo) (R. T. Const. 69) fundamenta la libertad de cada órgano judicial para modificar sus propios criterios; libertad que, además, no puede ser controlada por este Tribunal en el recurso de amparo en la medida en que no incida en la vulneración de derechos fundamentales, pues es al Juez al que la Constitución reconoce la potestad exclusiva de juzgar. De otro, la posibilidad de modificar el criterio previamente adoptado constituye incluso exigencia ineludible de la propia función judicial cuando aquél se considera posteriormente erróneo, pues el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar". (STC. 28.3.85)

y ello nos lo proporciona el "processus iudicii", concepto fundamental en torno al cual se produce el desarrollo del derecho procesal, que nos remite al derecho del proceso, en el más amplio sentido.

Precisamente por ser un concepto central y básico, ha sido objeto de múltiples estudios y enfoques; de discutida **naturaleza jurídica**, y características diversamente destacadas:

-Para POTHIER, es un contrato entre partes en el que se fijan los puntos del litigio.

-En un cuasicontrato porque no se produce el consentimiento del demandado (MANRESA).

-Especial interés obtuvo la teoría de BÜLOW del proceso como relación jurídica de derecho público entre el juez y las partes que intervinen en el mismo.

-GOLDSCHMIDT, llamó la atención sobre la inexistencia de derechos y deberes en el proceso, porque en rigor no se obliga a las partes a realizar actos procesales, existiendo únicamente expectativas, posibilidades y cargas, porque se da a los interesados la posibilidad de hacerlo, corriendo en su caso con las consecuencias de su actitud. Contempla el proceso como una situación jurídica, creada por cada acto procesal desde la cual el litigante examina sus expectativas.

El panorama amplísimo de su consideración pasa por teorías mixtas como la de FOSCHINI, para la cual es una entidad jurídica compleja, o la de GUASP, acudiendo a la figura de la institución que carecen de aportación significativa.

No es posible encajar el proceso en categorías determinadas porque constituye una realidad superior con vida propia en la que se concentra el quehacer jurisdiccional, siendo un medio (PRIETO CASTRO), un instrumento (GUASP) o un método (CARNELUTTI) a través del cual se realiza la función jurisdiccional, y en el cual al lado de las

expectativas y cargas, hacen también acto de presencia derechos de índole diversa, algunos de ellos constitucionales. A la vista del art. 24 de la Constitución, podría configurarse el proceso como el medio de obtener la tutela judicial efectiva, como el mecanismo o el vehículo que tenemos que utilizar para tratar de conseguirla.

Decía felizmente PRIETO CASTRO, que: "El proceso es como una máquina, y lo fue bajo las Doce Tablas; más perfecta hoy, posiblemente, que hace veintiséis siglos; en el cálculo de sus materiales, confección de sus planos, ensamblado de sus piezas y dotación de utillaje conveniente, interviene la doctrina; el legislador la fabrica y la entrega para su uso a jueces y litigantes, y todos estos son los que la hacen funcionar y la manejan a diario. Los planos pueden ser perfectos, los materiales óptimos; pero el funcionamiento y el rendimiento deficitarios; imperfecto el primero, escaso el segundo"¹³⁶.

El proceso presenta una dimensión amplísima, en la que tienen cabida actos de diferente naturaleza que se desarrollan ordenadamente en el tiempo, dirigidos a la resolución del conflicto social a través de la resolución jurisdiccional. Resolución que es pieza clave en el sistema, es el remate pretendido y adecuado, que proporciona la buscada tutela jurídica, pero evidentemente no lo es todo, es una parte del proceso que precisa:

- a) De unos actos de preparación, porque en muchas ocasiones no es posible iniciarlo de una forma directa con las debidas garantías, y se necesita, para la correcta presentación de la demanda, el planteamiento previo de las denominadas "diligencias preliminares" reguladas en los artículos 256 y siguientes de la NLEC.
- b) De la garantía de las medidas cautelares que aseguren la sentencia que en su día se dicte, evitando que durante la tramitación del proceso, puedan realizarse actos dirigidos a eludir responsabilidades.
- c) De las alegaciones de las partes que introduzcan en el proceso los

¹³⁶ PRIETO CASTRO. *La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal*. R.D.P. 1950, pág. 617.

datos necesarios para la posible ordenación y resolución del problema que subyace.

d) De las pruebas, que proporcionan la garantía suficiente para formar una opinión por parte de los juzgadores.

e) De las resoluciones judiciales, que ordenan el proceso y que resuelven el problema de fondo.

f) De la posible revisión de las resoluciones judiciales a través de los recursos, para obtener la enmienda de los errores susceptibles de sufrirse en el ejercicio de la función de juzgar.

g) Y sobre todo, de la efectividad de la ejecución porque el justiciable no se satisface con la resolución que reconoce sus derechos, y desea naturalmente que sean tangibles y reales.

Los actos de proposición proceden de las partes, los de decisión del tribunal, todos ellos constatados por la fe pública del secretario judicial. Los de la parte por su carácter técnico, son articulados a través de la intervención profesional que dirige el abogado, buscando la resolución del conflicto a través de la tutela judicial efectiva que pretende.

Destaca CAPOGRASSI, el aspecto mágico del proceso al tornar presente lo pasado inmediato, un hacer representar como vivos sentimientos extinguidos, y tratar de tornarse íntegra una situación descompuesta, resucitando lo que ya no vive y hacerlo revivir en la conciencia y en el juicio de personas extrañas y ausentes a la experiencia que debe resurgir, y hacer vivir aquella razón y aquella voluntad objetiva que es la ley justamente allí donde a la ley le faltó vida.

II. Con el fin de centrar su **concepto**, es necesario destacar varios aspectos:

a) **Dinámico**. Es el proceso una serie o sucesión de actos reglados que se suceden en el tiempo. Actos de partes que tratan de provocar la actividad judicial en un orden dialéctico superior.

b) **Instrumental**. Es un medio, un vehículo a través del cual trata de

obtenerse la tutela judicial.

c) **Sociológico**, porque su objeto reside en la solución de conflictos sociales, y la observación y la experiencia deben ser determinantes de su propia estructura, para que pueda servir a los fines que le son propios.

d) Y todavía cabría otro enfoque **realista**, en orden a la posición de los sujetos que en él intervienen, destacado por GIMENO cuando conceptúa al proceso como un conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asisten a las partes como consecuencia del ejercicio de la acción¹²⁴.

Todos ellos encierran una realidad insoslayable, que acredita su propia complejidad derivada de la confluencia de relaciones con intereses dispares, de sus condicionantes económicos, temporales y formales, porque los actos requieren una forma, un tiempo para realizarlos, y un coste como toda actividad humana, tratando cada parte de convencer al tribunal de sus razones y derechos en un diálogo que debería ser leal, y buscando un resultado eficaz que pueda resolver el conflicto social que lo hizo nacer.

5.-EL PROCESO CIVIL

Los aspectos instrumentales y sociológicos del proceso han determinado la aparición de diferentes clases de "processus iudicii". El proceso civil está previsto para la defensa del ordenamiento jurídico privado, teniendo cabida en el mismo las cuestiones de derecho mercantil que carecen de tratamiento procesal autónomo. La naturaleza de los derechos que en él se ventilan, transmite especiales facultades a las partes que lo inician a su voluntad, determinan su objeto, e incluso pueden concluirlo.

¹³⁷ Ver GIMENO SENDRA. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Madrid. 1981, pág. 175.

El proceso civil, es sólo uno de los medios establecidos por el derecho para la resolución del conflicto jurídico-privado que puede transigirse, o someterlo a arbitraje.

En el momento presente se encuentra regulado fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero que sustituye a la antigua de 1881, que regulaba un proceso fundamentalmente escrito, disperso y con escasa aplicación del principio de inmediación; de concepción excesivamente liberal, con excesivas facultades para las partes, y ausencia de obligaciones; con presencia de formalismos que no se adaptaban en absoluto a las exigencias del momento actual, y a los planteamientos constitucionales que exigen eliminar todo aquello que pueda impedir llegar a la adecuada sentencia de fondo, sin justificación patente. La progresiva implantación de procedimientos especiales había dado lugar a un panorama lamentable porque en ocasiones resultaba un verdadero problema conocer a qué cauce procedimental se debía acudir, con el peligro de equivocarse, y dar al traste con el fin pretendido. Propiciaba la desatención por parte del juez, que podía ser el gran ausente, hasta el momento de dictar sentencia. Se permitían excesivas corruptelas, algunas muy graves, como la de no oír directamente el juez a las partes en la prueba de confesión.

La reforma de la LEC 1/2000 ha tratado precisamente de solucionar tales problemas al objeto de obtenerse una respuesta mas racional y rápida a los conflictos en la materia, y a tal efecto refuerza:

a) **el principio de inmediación, publicidad y concentración**, poniéndose especial énfasis sobre la necesaria presencia judicial en los actos de prueba, comparecencia y vistas, y en que sea el juez que ha intervenido en ellas, el que dicte sentencia, constituyendo su infracción un motivo concreto de nulidad de pleno derecho(art.137). Se piensa que si tras las alegaciones iniciales se acude de inmediato a un juicio oral, se potencian estos principios. Es una novedad legislativa, la publicidad de las actuaciones judiciales para cualquier persona que acredite un interés legítimo (art.140).

b) **el principio de oralidad y concentración** de actos procesales, en juicio oral, o comparecencia ante el juez, que se produce en todos los procedimientos (ordinario y verbal). En el ordinario se ha optado por una combinación de los principios de oralidad y escritura similares al antiguo juicio de menor cuantía. Sin embargo, la oralidad queda en realidad atenuada por la presencia de "notas para las vistas", y la tramitación fundamentalmente escrita de la apelación.

c) **El principio de celeridad**, reduciendo drásticamente los procedimientos, trámites y recursos. Es una pretensión declarada en la exposición de motivos, que puede ser sólo aparente, al conservarse muchas especialidades procesales. Además la celeridad no se consigue con la abreviación de plazos, y la adopción de un procedimiento tipo acelerado, como es el juicio verbal. Precisa de condicionantes orgánicos y materiales, cuya ausencia se detecta constantemente.

d) **El acercamiento al justiciable**, mediante la adopción de lenguaje sencillo y asequible al ciudadano. La Ley procura adaptarse a las exigencias ineludibles de la técnica jurídica, eliminándose expresiones hoy obsoletas y difíciles de comprender, más ligadas a antiguos usos forenses que a aquellas exigencias. Se permite el acceso directo del interesado a la justicia, sin requisitos de postulación procesal, a través del procedimiento monitorio, en la fase inicial del mismo mientras no haya oposición.

e) Se mantiene **El principio dispositivo** también llamado de justicia rogada, compatible con el aumento de poderes del juez, en materias como el examen de oficio de los presupuestos procesales (arts. 37,38,39,58 y 416), iniciativa probatoria (art 282), averiguaciones sobre domicilio (art.156), facultades para sancionar comportamientos procesales, como poner multas a las partes y a los profesionales intervinientes por infracciones del principio de buena fe o multas dirigidas a obtener la ejecución de sentencias de hacer y no hacer (art.709)

f) **Se retoca el principio de aportación** en beneficio de la investiga-

ción e incluso en algunos casos se limita en beneficio de la eficacia (art.219).

g) **El principio de eficacia**, reformandose materias como la ejecución provisional y forzosa, las medidas cautelares y el proceso monitorio en aras a atajar la excesiva morosidad.

h) **El principio de buena fe** otorgando a los jueces en caso de infracción facultades para imponer multas de hasta 6000 euros.

6.-EL PROCESO PENAL

El proceso penal. En la aplicación del "ius puniendi", existe un interés superior que determina la necesidad absoluta del proceso, pues sólo dentro de él puede aplicarse una pena.

La pena como punto de partida del proceso penal, en orden a su necesidad y finalidad, transmite a éste su principal característica de la adecuación al supuesto, de la proporcionalidad con el reproche social atribuido a los hechos, y personalidad de quien los ha realizado, de manera que el proceso debe estar ordenado a conseguir la precisa individualización del "ius puniendi", que sólo puede aplicarse a través de sus normas, y siempre referido a la procedente condena o absolución.

El proceso penal presenta la peculiaridad de que va precedido de una fase preparatoria, de instrucción o sumarial, al objeto de determinar si es o no procedente la apertura del proceso propiamente dicho, dadas las graves consecuencias que para las personas supone su incoacción.

Y es precisamente esta particularidad, la origina problemas importantes de difícil solución, porque la sola iniciación de esta fase preparatoria, ya lleva consigo una serie de medidas aflictivas, cuando ni siquiera se ha determinado si es o no oportuno y procedente iniciar el

enjuiciamiento, pudiendo tomarse resoluciones -aunque sean cautelares- frente a una persona que está protegida por la presunción constitucional de inocencia.

Sólo a través del proceso penal puede imponerse una pena, pero este punto de partida válido no debe llevarnos a la conclusión errónea de que su objeto es la imposición de una pena, pues como instrumento jurisdiccional, a través del cual se materializa la "tutela judicial efectiva"¹³⁸, es también el medio a través del cual se obtiene una absolución frente a la acusación infundada, e incluso eventualmente y por razones de oportunidad permite el conocimiento y resolución de pretensiones de índole privada, como el resarcimiento o indemnizaciones de daños y perjuicios, distinguiéndose tres momentos fundamentales:

a) La instrucción o fase preparatoria que como hemos indicado, constituye una exigencia del adecuado proceder, impidiendo la apertura de procesos decisorios infundados, a la vez que trata de garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia. Además, la infracción penal,

¹³⁸"El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una decisión fundada en Derecho, que puede ser de inadmisión cuando se den las circunstancias a las que se liga en la Ley tal tipo de resolución. El hecho de que el enjuiciamiento de la efectiva existencia de las causas de inadmisión en cada caso corresponda prioritariamente al Tribunal ordinario no impedirá siempre, ciertamente, que en el amparo constitucional se juzgue la conformidad a la Constitución de las causas mismas, o su interpretación por el juzgador, porque, de principio, no cualquier obstáculo procesal al acceso a la jurisdicción habrá de ser legítimo y porque también han de procurar los Jueces y Tribunales, en su aplicación concreta, hacerlos valer sin menoscabar innecesariamente la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido normal es la obtención de una resolución de fondo sobre la pretensión deducida".

"El derecho a la tutela efectiva no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentido que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta". (STC. 6.V.85).

surge espontáneamente en muchos casos, y es necesario aportar los datos fácticos que la conforman de la forma más inmediata posible para evitar la desaparición de vestigios. Esta fase puede abrirse incluso de oficio por el propio juez, y aunque está prevista la intervención de las partes, puede producirse sin su intervención, por lo que su naturaleza jurídica es muy discutida.

b) El de decisión o de juicio que se denomina oral, por el predominio de la oralidad, que ya estableciera la LECR con carácter general, y cuya fase ya no se puede abrir de oficio, precisando la existencia de una petición expresa y formal, procedente de las diversas modalidades de acusación que se articulan, y en la cual se realizarán las alegaciones, se practicarán las verdaderas pruebas sobre las que ha de fundarse el juicio, se formulan las conclusiones, y se dicta sentencia, que puede ser a su vez objeto de diferentes recursos, según los casos.

c) El de ejecución, porque la sentencia penal es ejecutada de oficio, sin que quepa su ejecución extraprocesalmente, con un contenido muy importante en los casos de penas privativas de libertad, hasta el punto de haberse establecido unos tribunales especiales, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, para hacer cumplir la pena, salvaguardar los derechos de los penados, y resolver las incidencias de esta fase en la que se hace ejecutar lo juzgado¹³⁹.

Las principales observaciones que pueden realizarse sobre la ordenación actual del proceso penal podrían ser las siguientes:

a) Excesiva duración de la fase preparatoria, con inculpaciones que aunque sean provisionales, no se concilian bien con el principio constitucional de la presunción de inocencia.

b) El juez que instruye no debe fallar, tal como recoge la exposición de motivos de la LECR¹⁴⁰.

¹³⁹ GÓMEZ DE LIAÑO. *El Proceso Penal*. Oviedo. 1987, pág. 19.

El problema de la separación de los órganos que realizan tan incompatibles funciones, no se resolvería entregando la instrucción al Ministerio Fiscal, porque ha de adoptar posiciones incompatibles con la calidad de parte. Además, las experiencias históricas, que pretendían dar al M.F. una mayor intervención, han sido un absoluto fracaso.

c) Debe ser objeto de revisión el sistema de recursos, no sólo para evitar que un tribunal unipersonal resuelva en última instancia asuntos de importancia, sino para resolver la preocupante masificación de la casación penal, que desvirtúa el sentido de este recurso y origina un verdadero colapso en la Administración de Justicia.

d) Las gravísimas deficiencias de la ejecución en flagrante contradicción con los postulados constitucionales del art. 25 sobre la orientación de las penas en orden a la reeducación y reinserción social, deficiencias que hacen cuestionar la legitimidad del "ius puniendi", cuando los poderes públicos no pueden garantizar el estricto cumplimiento de la pena, agravado en muchas ocasiones por las circunstancias en las que se desenvuelve el régimen penitenciario.

¹⁴⁰ "Exigencia derivada de la Constitución de separar por regla general, y salvo circunstancias muy excepcionales, la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia, sin que por lo tanto pueda anular o sustituir las funciones oficiales pertenecientes al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación por delitos o faltas, y sin perjuicio de realizar, en su caso, el derecho que le otorga el artículo 733 de la LECr. antes indicado para la fase de primera instancia únicamente". (STC. 18.IV.85) (Ver nota 32. STC. 12.7.88).

Resulta evidente la necesidad de una reforma unitaria de nuestra LECr., en la que se huya de mimetismos científicos o legislativos extranjeros, y donde se produzca un adecuado equilibrio entre lo que debe conservarse y lo que debe ser objeto de innovación(CALVO SANCHEZ), teniendo en cuenta las orientaciones actuales del enjuiciamiento penal, donde se configure un proceso penal que desempeñe un papel a la vez garantista y de defensa social, conciliador de los derechos fundamentales de las personas y los postulados de eficacia, tratando de poner unos y otros en sus justos términos. En la necesaria evolución impuesta por las circunstancias del momento se precisan reformas en las siguientes direcciones: una instrucción mas abierta y ágil, donde se potencie la investigación, con una policía judicial especializada, la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, revisión de los sistemas de conformidad, reconocimiento de la ultraterritorialidad de la justicia penal, jurisdiccionalidad especializada en la ejecución penal, y una mayor conciencia de colaboración por parte de la sociedad en general y en especial de organizaciones políticas, de entidades económicas e instituciones comunitarias.

7.-EL PROCESO ADMINISTRATIVO

El proceso administrativo, que a pesar de ser conocido con el nombre de "recurso contencioso administrativo", se trata de un verdadero proceso entre las partes, tiene por objeto específico el control de la legalidad de toda la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración, generalizando el control judicial de la actuación administrativa.

Actualmente se encuentra regulado en la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998*, que vino a sustituir a la anterior ley reguladora de 27 de diciembre de 1956. En su propia exposición de motivos se la califica a la vez de continuista y profundamente renovadora. Continuista porque mantiene la naturale-

za estrictamente judicial que tenía, y renovadora con doble finalidad de garantía individual y control de la Administración, señalándose como objetivos concretos:

a) Colmar lagunas y limitaciones históricas del Estado de Derecho, una de cuyas piezas claves es precisamente esta jurisdicción, que está llamada a ejercer un control judicial sobre la actividad administrativa.

b) Procurar hacer más accesibles aquellos principios y derechos recogidos en la Constitución. La exposición de motivos de la nueva ley se muestra optimista cuando señala que "solo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho", pues lo cierto es que no se ha alcanzado esa plenitud, siendo precisamente una de las razones, las enormes dilaciones que se producen en el funcionamiento de la jurisdicción administrativa.

c) Tratar de adaptarse al nuevo sistema de relaciones regido por el Derecho Administrativo, actualizándose el concepto de Administración pública, tratando a la vez de paliar el desfase de sus medios jurídicos.

d) Corrección de defectos detectados por la doctrina y la práctica judicial.

e) Acercamiento a las modernas concepciones del derecho procesal, mediante la adopción de criterios favorables al ejercicio de acciones y defensa de las partes, sin concesión alguna a tentaciones formalistas.

f) Ampliación de su ámbito, porque debe de controlarse no sólo los actos y contratos administrativos, o a la actividad reglamentaria, sino también las actividades e inactividades administrativas, que expresan evidentemente una voluntad de la administración, así como las cuestiones que se suscitan sobre la responsabilidad patrimonial del Estado.

g) Regulación de competencias de los juzgados de lo Contencioso-administrativo, hace tiempo previstos y que estaban pendientes de poner en funcionamiento. En ellos se tienen puestas las esperanzas para "desatascar" este orden jurisdiccional, si bien ya se han puesto de manifiesto que dichas competencias son escasas.

h) Establece cuatro modalidades de recursos:

- 1.- El tradicional dirigido frente a actos administrativos, ya sean expresos o presuntos.
- 2.- El que versa sobre la legalidad de alguna disposición general que precisa de reglas especiales.
- 3.- El recurso frente a la inactividad de la Administración, largamente reclamado por la doctrina y conocido en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la administración, mediante la correspondiente sentencia de condena una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el silencio administrativo.
- 4.- El que se interpone frente a actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho. Trata de combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan intereses legítimos; la acción tiene naturaleza declarativa y de condena, y a la vez en cierto modo interdictal.

i) Introducción de un procedimiento abreviado, para materias de cuantía limitada, basado en la oralidad.

j) Incluye precisiones de técnica procesal dirigidas a mejorar el sistema, como:

- 1.- El contenido y efectos de algunos fallos estimatorios.
- 2.- Elevación de la cuantía para el acceso a la casación ordinaria, y se regulan dos modalidades del recurso de casación para unificación de doctrina, manteniéndose el de interés de ley.
- 3.- Incrementándose las garantías de la ejecución de sentencia.
- 4.- Nueva regulación y ampliación de medidas cautelares.
- 5.- Extensión de los efectos de cosa juzgada en materia de personal

y tributaria a quienes no han sido partes, pero que se encuentran en idéntica situación a ellas.

8.-EL PROCESO LABORAL

El proceso laboral aparece en el tiempo como un proceso civil especial, propiciado por las características del derecho que había de aplicar, como ocurría con el derecho arrendaticio o hipotecario; y participa, en consecuencia, de las notas de aquél siendo incluso de aplicación subsidiaria la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Posiblemente desde un punto de vista puramente técnico no estuviese justificada su autonomía, pero lo está cumplidamente desde un planteamiento sociológico, porque ha permitido adaptarse a las exigencias del mundo del trabajo, para buscar la rapidez y la eficacia de resolución, prescindiendo del formalismo, imponiendo la inmediación y acercándose, en definitiva, al justiciable, aspecto tan importante como olvidado.

El proceso laboral ha sido objeto de diversas críticas, incluso de la falta de seriedad, y ausencia de garantías. Pero su experiencia es interesante porque ha servido para demostrar el valor de la celeridad y sobre todo de la inmediación. El magistrado está presente en todas las actuaciones, las dirige y ordena y puede "enterarse de todo".

Decíamos que el proceso podía considerarse como una máquina, cuya diferente concepción y uso que se hiciera con ella, determinaría el resultado.

Nos parece que la concepción es buena (es necesario eliminar la conciliación ante el propio juzgador), aunque en su utilización no lo ha sido tanto por la excesiva precipitación que se le imprime derivada de señalamientos excesivos y no de planteamiento legal, que permite su más reposado desarrollo. Y decimos que el propio juzgador no debe tener funciones conciliadoras, porque como muy bien sabía el legis-

lador de principios de siglo, tales labores no deben confundirse personalmente, porque si el conciliador ha de ser efectivo tiene que adoptar una actitud activa y tomar iniciativas, lo cual no es compatible con la función de juzgar¹⁴¹.

VIII. LA ACCIÓN

¹⁴¹Ver *Derecho Procesal Laboral*. F. GÓMEZ DE LIAÑO y otros autores. Oviedo. 1994. E. Forum.

1.-ACCIÓN Y JURISDICCIÓN

Entre los conceptos de ACCIÓN y JURISDICCIÓN existe una relación estrecha, comprendida ya en el antiguo aforismo "nemo iudex sine actore", porque si una actuación concreta del interesado, el mecanismo jurisdiccional no puede ponerse en marcha.

Hace tiempo que CALAMANDREI puso de manifiesto que una jurisdicción ejercida de oficio, en la que el órgano juzgador procediese por propia iniciativa, sin esperar la solicitud del sujeto agente, repugnaría al concepto que modernamente hemos formado de la función del juez, la cual, para mantenerse imparcial, debe esperar a ser requerida y limitarse a hacer justicia a quien la pide¹⁴². En la misma dirección SERRA¹⁴³, estima que uno de los postulados esenciales de todo ordenamiento político estriba en que la actividad jurisdiccional no se ponga en movimiento de oficio, sino únicamente en virtud de excitación de un tercero. Con ello se logra facilitar al Juzgador la imparcialidad necesaria para el ejercicio de su función. Principio éste plenamente justificado en aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional es subsidiaria de la particular, ya que si los interesados pueden establecer por sí mismos normas jurídicas que regularán sus mutuas relaciones, es lógico que le sea concedida al mismo tiempo la posibilidad exclusiva de solicitar de un tercero la resolución de los conflictos que le afecten. Posibilidad que se convierte en los ordenamientos jurídicos modernos en absoluta necesidad en aquellos supuestos en los que la acción directa está prohibida.

Por lo que se refiere a la acción penal, la cuestión aparece más discutida, pues mientras algunos autores entienden que procede del pro-

¹⁴²CALAMANDREI. *Relatividad del concepto de acción*. En "Estudios sobre el Proceso Civil". Trad. SENTIS. 1945, pág. 140.

¹⁴³SERRA. *Estudios...*, cit. pág. 119.

pio órgano jurisdiccional¹⁴⁴, otros consideran que siempre es necesaria la actuación de parte interesando la actuación jurisdiccional¹⁴⁵.

Nos inclinamos resueltamente por esta segunda posición, ya que por muchas facultades que tenga el juez para iniciar de oficio el proceso penal, por sí solo no puede llevar el proceso hasta la fase principal, hasta la sentencia, precisando incluso la petición de parte para la apertura del juicio oral, y quedando en vía muerta cuando la acusación interesa el sobreseimiento. Los acusadores en el proceso penal ejercitan la acción penal, con una significación similar a la del actor en el proceso civil.

Por eso es cierta la afirmación de ZANZUCCHI de que el tema de la acción se contempla en relación con la jurisdicción¹⁴⁶, porque sin una petición expresa del actor en el proceso civil o de los acusadores en el proceso penal, la declaración jurisdiccional no puede producirse.

Para tratar de comprender la teoría de la acción y su significación

¹⁴⁴ ALCALÁ-ZAMORA, aprecia una interpretación de la acción por el propio juez, aclarando que el juez ha actuado primero como ciudadano, y como consecuencia de la no escindibilidad de su personalidad de tal, de la del juez, ha actuado también como juez. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. En "Estudios de honor de Alsina", Buenos Aires. 1946, pág. 768. FAIREN, llega a la conclusión de que en la llamada iniciación del proceso penal de oficio el juez es quien interpone la acción ante sí mismo. *Acción, derecho procesal y derecho político*. En "Estudios de Derecho Procesal" Madrid. 1955, pág. 117.

¹⁴⁵ MORÓN considera que el "nemo iudex sine actores" entraña una verdad comprobada por la ciencia moderna, y vale incluso con respecto al proceso penal, porque aunque de oficio puede perseguirse el procedimiento preparatorio del juicio, esto es, el sumario, para que el Tribunal conozca de la controversia, y la resuelva, se precisa un acto expreso en este sentido a cargo de los acusadores. *Sobre el concepto...* cit., pág. 531.

¹⁴⁶ ZANZUCCHI. *Diritto processuale civile*. I, 1957, pág. 32.

en el proceso, debe partirse de la idea de que se trata de un concepto que pertenece a la teoría general del derecho, con proyección sobre diversos campos del ordenamiento jurídico.

Pueden ilustrarnos en su enfoque las palabras de PEKELIS, cuando afirmaba que: "En el uso jurídico común el término acción se usa: ya como sinónimo del petitum de la res in iudicio deducta; ya como sinónimo del hecho de la efectiva proposición de la demanda judicial (o de la querella); ya como el contenido de la defensa judicial; ya como el poder de proponer una demanda (o querella) judicial, aun cuando sea infundada e, incluso, aun cuando sea inadmisible por razones preliminares; ya en el significado de poder proponer una demanda judicial (abstracto) sobre el fondo del asunto; ya en el sentido de la posibilidad de proponer con éxito una demanda (o querella) judicial obteniendo un pronunciamiento favorable (concreto); ya como sinónimo de derecho subjetivo sustancial; ya como basada en una diferenciación entre la misma acción y el derecho subjetivo sustancial; ... ya como derecho subjetivo procesal; ya como derecho contra el adversario; ya como derecho frente a la persona del Juez o del órgano judicial; ya en el sentido de una legitimación procesal activa o pasiva. Algunas veces además, y particularmente en las normas sobre prescripción, en las que se habla de extinción de acciones, este término se interpreta del modo más diverso según las tendencias, las escuelas y las opiniones. Se habla, finalmente, con muchísima frecuencia de la acción, no en general, sino específicamente de una acción determinada o, mejor, de acciones determinadas. Así, se clasifican las acciones: ya según el sujeto activo, y se habla de acción pública, privada, oficial, popular; ya según la actividad estatal que las mismas ponen en movimiento, y se habla de acción de cognición, de ejecución, de conservación, de acción constitutiva, de acción declarativa de simple certeza, de acción de condena y de acción constitutiva; ya según su contenido u objeto, y se habla de acción personal o real, petitoria o posesoria, mobiliaria o inmobiliaria; ya según las formas que asume su ejercicio, y se habla de acción sumaria, formal, plenaria, monitoria, etc."

2.-LA ACCIÓN Y SUS CLASES

En su determinación, ha de partirse de su inicial relación con el derecho material, pues hasta el siglo pasado predominó la tendencia monista de identificarlos, como doctrina que parte del derecho romano clásico, en el cual a cada derecho correspondía una acción.

En la actualidad predominan las teorías pluralistas que distinguen a la acción del derecho material, proclamándose la autonomía de la acción, como institución de derecho procesal. La doctrina ha dedicado a ello un esfuerzo importante, y convenimos con SERRA, que es una materia tan profundamente tratada, que resulta imposible formular conclusiones propias.

Es preciso destacar que el concepto de autonomía de la acción ha servido nada menos que para basar la autonomía del derecho procesal respecto del material, y cuyos cimientos fueron sentados por la teoría de WACH, que considera que la acción es el elemento que une el derecho procesal con el material.

I. Desde un punto de vista de derecho material, existen tantas acciones como derechos, porque la acción es el derecho en movimiento. Concepción de raíz romanista que puede verse recogida en la definición de CELSO ("Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi"), con un amplísimo desarrollo en el tiempo, con representantes tan significativos como SAVIGNY que concibe a la acción como el aspecto particular que el derecho adquiere a consecuencia de su infracción, y que tuvo notoria influencia en nuestro derecho, con cultivadores relativamente recientes como MANRESA para el cual la acción es el medio de ejercitar en juicio el derecho que nos compete.

En el proceso romano era precisa la determinación de la acción por parte del demandante, y reminiscencia de ello era la disposición del art. 524 de la LEC de 1881 en su último párrafo cuando señalaba que "también se expresará la clase de acción que se ejercite cuando por

ella haya de determinarse la competencia", cuyo valor actual es muy relativo porque la calificación de las partes no vincula al juez.

La interminable lista de acciones romanas (redhibitoria, pauliana negatoria, publiciana, confesoria, etc.)¹⁴⁷ comprendía agrupaciones

¹⁴⁷ GÓMEZ DE LIAÑO. *Diccionario jurídico*. Salamanca. 1983. pág. 14 y ss.

ACCIÓN CONFESORIA. La que corresponde al titular de una servidumbre contra quien perturbe los derechos inherentes a la misma.

ACCIÓN DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. La que corresponde a los dueños de los predios colindantes para establecer el límite de sus propiedades (Art. 348 del CC).

ACCIÓN ESTIMATORIA. La que compete al adquirente a título oneroso de una cosa a fin de reducir el valor de adquisición por vicios o defectos ocultos (Art. 1486 del CC).

ACCIÓN HIPOTECARIA. La concedida al acreedor para hacer efectivo su crédito (Art. 129 LH).

ACCIÓN NEGATORIA. Corresponde al dueño que estima libre su predio frente a aquél que pretende imponer una servidumbre. Fundada en el principio de que la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario. Reconocida doctrina TS.

ACCIÓN DE "AQUA PLUVIA ARCENDA". Acción real que corresponde al dueño de una finca, contra el de otra, para evitar los perjuicios que aquélla sufra por la variación que en ésta se haga del curso de las aguas, o para pedir que la limpie o quite las aguas estancadas (Arts. 552 y 442 del CC y 74 de LA).

ACCIÓN PAULIANA. La que se concede al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya podido realizar en fraude de su derecho (Art. 1111 del CC).

ACCIÓN REDHIBITORIA. Es la misma quanti minoris, correspondiendo al comprador contra el vendedor por vicios ocultos de la cosa vendida (Arts. 1484 y ss. del CC).

ACCIÓN REIVINDICATORIA. Acción real destinada a recuperar la cosa perdida por su propietario, frente al poseedor no propietario (Art. 348 del CC).

ACCIÓN RESCISORIA. La que permite rescindir los contratos por causa de lesión o fraude de alguna parte (Arts. 1290 y ss. del CC).

ACCIÓN RESOLUTORIA. Tiende a obtener la ineficacia de un contrato, por la concurrencia de determinadas circunstancias previstas por los contratantes.

ACCIÓN SUBROGATORIA. Los acreedores después de haber perseguido los bienes que estén en posesión del deudor para realizar cuanto se les debe pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona (Art. 1111 del CC).

genéricas, destacando la de acciones personales reales¹⁴⁸ y mixtas, a las cuales se refería también la LEC en el art. 62 para la determinación de la competencia.

II. La autonomía del concepto de acción, y su separación del derecho subjetivo, constituye un verdadero hito en la historia del derecho procesal, que cronológicamente se hace coincidir con el movimiento codificador germánico y la evolución del proceso civil tradicionalmente encuadrado en el derecho privado hacia el derecho público, dados los fines que persigue. Polémicas doctrinales como la de WINDSCHEID y MÜLLER, plantaron las bases de discusiones sin fin y planteamiento diversos¹⁴⁹.

¿Qué es, entonces, la acción desde un **punto de vista procesal**? Para ROCCO, es una posibilidad, para SANTI ROMANO, un poder, para WINDSCHEID una facultad y para CHIOVENDA, entre otros, es un derecho, explicando CARNELUTTI, cómo no veía contradicción entre los términos de poder y derecho rectamente entendidos, porque el segundo es una manifestación del primero. Y partiendo de la base de que se trata de un derecho, ¿cuál es su contenido?

Según CHIOVENDA y CALAMANDREI, es un derecho concreto a obtener una sentencia favorable. La teoría concreta de la acción encuentra el escollo de las resoluciones desfavorables que pueden dictarse en el proceso y que implicarían la inexistencia de acción.

¹⁴⁸ Según el Derecho Romano y los autores clásicos son aquéllas que participan de la naturaleza de las acciones personales y reales, comprendiéndose dentro de ellas las acciones divisorias (*communi dividundo*, para división de cosa común. Art. 400 del CC), de partición de herencia (*familiae eriscundae*), y deslinde (*finium regundorum*, art. 384 del CC). Los autores modernos niegan que existan actualmente acciones mixtas. Sin embargo, al vigente LEC se refiere a ellas a efectos de determinación de competencia de tribunales (Art. 62).

¹⁴⁹ Ver SERRA DOMÍNGUEZ. *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*. En "Estudios" cit. págs. 118 y ss.

Es lo cierto que el derecho de accionar, se concreta en el derecho al proceso y a la sentencia, sin extenderse a que ésta sea favorable.

Por eso ROCCO, entiende que antes de la demanda no existe derecho alguno en cuanto al fondo, sino la mera posibilidad de accionar. Su teoría abstracta de la acción está orientada hacia la consideración publicista del derecho procesal, y la acción es un derecho subjetivo público frente al Estado, en orden a la actividad jurisdiccional de éste, para eliminar la incertidumbre del derecho.

Evidentemente existen posiciones atenuadas e intermedias, como la defendida por PRIETO CASTRO, que considera que la acción es la facultad de promover la incoación de un proceso encaminado a la tutela del orden jurídico con referencia a un caso concreto, mediante la invocación de un derecho o de un interés jurídicamente protegido respecto de otra persona. El elemento decisivo del concepto de acción sería la invocación de un derecho.

GUASP, formuló la doctrina de la pretensión procesal, porque entendía que la acción no es aceptable como un derecho concreto, ya que el proceso se puede iniciar tanto por quien tiene derecho como por quien carece de él, y el concebirlo como un derecho abstracto sitúa el problema fuera del ámbito del derecho procesal. Debe estudiarse el acto y no el derecho, de cuyo ejercicio constituye el acto una manifestación, porque al proceso sólo le interesa el acto al que él está condicionado. Existe un derecho de acción que no es procesal, que en su ejercicio se concreta en lo que denomina para diferenciarlo pretensión.

Todos los autores que se ocupan del tema aportan matices y consideraciones aprovechables, pero que en ocasiones ha contribuido a alejarnos del esclarecimiento, y la mejor prueba de ellos es lo difícil que resulta su aprehensión no sólo por el estudiante, sino por el profesional, y los Tribunales, utilizándose dentro de un confusionismo conceptual referido tanto a cuestiones de fondo como procesales.

III. Resulta además que la acción es también una manifestación del derecho constitucional de petición, derecho fundamental inherente a la personalidad y que faculta para acudir a los tribunales, que tienen la obligación de estudiar el caso y resolver. El derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el art. 24 de la Constitución, es un derecho fundamental de carácter superior que comprende, el del libre acceso a los tribunales, el de promover la actividad jurisdiccional, que es de carácter procesal porque se desarrolla en el proceso. El proceso es un conjunto de actos, presenta un aspecto dinámico de constante actividad inicial de parte ("Nemo iudex sine actore"), en ella se concreta, y en ella se manifiesta la acción procesalmente considerada¹⁵⁰.

Con anterioridad a la Constitución algunos autores ya se habían planteado, entre nosotros, esta perspectiva de la acción como libre acceso¹⁵¹, y promulgada aquélla adquiere su plenitud en torno al citado art. 24, que significa según ALMAGRO, apertura al hallazgo de soluciones prácticas modernas¹⁵².

Pero, como ya hemos puesto de manifiesto, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende algo más que el derecho de acción, que podría concretarse "en el derecho a que se abra y se sustancie un proceso" (STC de 12 de mayo de 1982), muy de acuerdo con su propia dinámica, pero quedan fuera del mismo otros muchos aspectos que tienen cabida en tan discutida formulación, y por ello no debe

¹⁵⁰ "El art. 24.1 de la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, derecho cuyo primer contenido, en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. (STC. 3.12.84).

¹⁵¹ ALMAGRO. *El libre acceso como derecho a la jurisdicción*. "Revista de la Facultad de Derecho" V. XIV. Madrid. 1970.

¹⁵² *Constitución y Proceso*. Barcelona. 1984, pág. 96.

identificarse la acción como el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵³.

IV. La tutela jurídico procesal que puede pretenderse no es siempre igual, y en función a las diferentes posibilidades la doctrina ha construido la distinción entre las acciones declarativas o de conocimiento, las ejecutivas y las cautelares, porque que pueden promover es muy diferente.

La acción declarativa, da origen a un proceso encaminado a obtener la mera declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica (meramente declarativas) o a obtener una prestación procedente de la contraparte (de condena) o a modificar una situación jurídica existente (constitutivas)¹⁵⁴.

La acción ejecutiva abre un proceso dirigido a obtener la efectividad de un derecho previamente reconocido o declarado. La acción cautelar trata de asegurar una ejecución futura. En estos casos la acción se califica con el nombre del proceso que origina¹⁵⁵.

¹⁵³ S.T.C. de 15.6.87. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de acceso a los tribunales, la propuesta y práctica de prueba, la formulación de alegación y la obtención de una resolución fundada de fondo.

¹⁵⁴ La STC de 30 de junio de 1986 señala que las acciones "meramente declarativas" son aquéllas que van dirigidas a interesar únicamente declaración positiva o negativa de un derecho o relación jurídica, que no se pueden confundir con las de carácter constitutivo, a través de las cuales se pretende lograr el cambio en una situación jurídica preexistente. Por eso la petición de declaración de disolución de una sociedad es de carácter constitutivo.

¹⁵⁵ FAIREN GUILLÉN, en su trabajo *De nuevo sobre los conceptos de acción y pretensión*. "R.D.Pr." Núm. 1 de 1988 p. 20 y ss. considera que el derecho de acción es el de "obtener una actividad jurisdiccional, cualquiera que sea su contenido", y es de naturaleza constitucional, y el de pretensión procesal, como desarrollo concreto del derecho de acción, y como el tipo de proceso a seguir depende del tipo de pretensión que se ejercite, clasifica las pretensiones en las de "cognición", las de "ejecución" y las "cautelares", como clasificación primaria comprensivas las de "cognición", de la de mera declaración, declarativas y condena, etc...

V. En atención a los sujetos y al ámbito de aplicación se distingue también entre acción personal, acción pública, acción popular y acción colectiva.

La acción personal o individual es la que corresponde a toda persona física o jurídica capaz para la defensa de sus propios y particulares intereses.

La acción pública se concede a toda persona que demuestre un interés para su propia defensa en el terreno del derecho público, en el de los intereses comunes, es decir, aquéllos en los que la satisfacción de un interés común, constituye la forma de satisfacer los de todos.

La acción popular faculta al ciudadano para impugnar un acto lesivo para el interés general, no siendo preciso invocar la lesión de un derecho, ni un interés legítimo, aunque pueda existir. Por eso la acción penal no es pública, sino popular.

La acción colectiva es la que correspondería a "grupos" y colectivos sin personalidad jurídica necesaria para la defensa de sus intereses. Tiene afinidad con la pública en el sentido de que no corresponde a todo el mundo, y se diferencia de ella en que no penetra en el campo de las actuaciones públicas. Y no corresponde a "todo el mundo" como la popular. A partir del art. 7 de la LOPJ que faculta a los "grupos" para acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses, a fin de que en ningún caso se produzca indefensión, la acción colectiva presenta una dimensión real en el proceso moderno, con aspectos del máximo interés¹⁵⁶.

¹⁵⁶Ver GÓMEZ DE LIAÑO. *La legitimación colectiva y el art. 7 de la L.O.P.J.* En este trabajo se sientan las siguientes conclusiones:

- 1.-A partir del art. 7 de la L.O.P.J. ha de admitirse en el proceso a los representantes de grupos que defiendan sus intereses legítimos, siendo deseable que tan novedosa normativa sea desarrollada con precisión, como ocurre en otras legislaciones.
- 2.-Supone la incorporación al derecho jurisdiccional español de nuevos horizontes en

VI. En toda la problemática sobre la acción debe destacarse a nuestro juicio la idea de actividad alrededor de la cual se desarrolla en todas sus dimensiones, porque no se agota en la iniciación procesal, ya que en la búsqueda de la pretendida tutela judicial, puede recurrirse y sobre todo solicitar la ejecución, y en este sentido frente a las acciones declarativas en sentido amplio a las que antes nos referíamos que buscan la resolución de una incertidumbre jurídica a través de la sentencia, tenemos las acciones impugnativas o de impugnación dirigidas a obtener la revocación de una resolución judicial que estimamos errónea o perjudicial, y las acciones ejecutivas, encaminadas a proporcionar la efectividad práctica de un derecho que ya no es discutido, por estar su contenido expresamente determinado en un título ejecutivo.

3.-LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

I. El art. 24 de la Constitución recoge un derecho fundamental de amplio reconocimiento en el derecho comparado, en orden a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, y que se ha puesto sobre todo

orden a la representatividad de personas que gestionan intereses colectivos.

3.-El interés colectivo que se pretende tutelar está comprendido dentro de la categoría doctrinal de los intereses difusos, pero en manifestación más concreta, porque no comprende los generales que afectan a toda la comunidad, sino a los denominados grupos intermedios, constituidos por agrupaciones de personas identificables, con intereses comunes, organización básica y elemental, sin personalidad jurídica y con vínculos de solidaridad e indivisibilidad.

4.-La legitimación colectiva del citado artículo y proporciona aptitud para que el grupo ostente "capacidad para ser parte", suponiendo la creación de una situación subjetiva nueva desde el punto de vista procesal, coexistiendo con las formas tradicionales del art. 2 de la LEC.

5.-Viene a modificar sustancialmente la doctrina del litisconsorcio, presentándose como una superación del mismo. No eliminación. Hay una coexistencia de la doctrina tradicional en materia de la presencia de partes en el proceso, con la legitimación colectiva, que sólo en los supuestos en los que es posible su aplicación, por verse afectado un grupo de personas con los mismos intereses, no será precisa la presencia de todos ellos en el proceso.

en relación con el derecho del ciudadano a acudir a los Tribunales, sin desconocer que tiene un contenido más amplio, pues realmente envuelve el desarrollo del derecho al proceso, dando una nueva orientación a la disciplina, al afectar a temas tan diversos como importantes:

1. El derecho de "libre acceso" que posibilita que el proceso se abra y se sustancie en todos sus trámites (STC 12.5.82, STC 16/1999 de 22 de febrero, STC 90/2001 de 2 de abril).
2. Recoge y refuerza el principio de audiencia e igualdad de partes prohibiendo la indefensión (STC 29.7.1985, STC 217/2000 de 18 de septiembre).
3. Ha exigido nuevos planteamientos en lo relativo al emplazamiento y presencia de partes en el proceso; constituyendo los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes, en cuanto hacen posible la comparecencia del interesado y la defensa de sus derechos e intereses, una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas. No existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la omisión o frustración de los actos de comunicación tiene su causa en la falta de diligencia del afectado (STC 130/2001 de 4 de junio; STC 268/200 de 13 de noviembre; STC 34/1998 de 11 de febrero).
4. Derecho de aportación libre e igualitaria de pruebas (STC 7.6.82; STC 104/2001 de 23 de abril; STC 26/2000 de 11 de enero).
5. Elimina rigidez al formalismo procesal, procurando la mejor defensa de los derechos e intereses cuestionados (STC de 3 de julio de 1985).
6. Impone el principio de máxima validez de las actuaciones procesales y la subsanación de aquellas actuaciones defectuosas siempre que no hayan resultado vulnerados derechos fundamentales (STC 285/2000 de 27 de noviembre; 214/2000 de 18 de julio; STC 3/2001 de 15 de enero).

7. Derecho a una resolución fundada de fondo, si bien puede ser de inadmisión siempre que concurra causa legal para ello y así lo declare un juez o tribunal en aplicación razonada de la misma (STC 8/2000 de 15 de enero; STC 155/2001 de 2 de julio; 116/2001 de 21 de mayo; STC 100/2001 de 25 de abril), motivada, razonable y no manifiestamente errónea, ni lesiva de otros derechos fundamentales (STC 256/2000 de 30 de octubre; STC 226/2000 de 2 de octubre) e interpretando la normativa vigente en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental (STC 3/2001 de 15 de enero; STC 18.1.85), sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (STC 176/1986 de 11 de noviembre; STC 704/2001 de 14 de septiembre; STC 29.3.2001)
8. Derecho a los recursos establecidos en la ley. (STC 21.10.85; STC 205/2000 de 24 de julio; STC 293/2000 de 11 de diciembre; STC 112/2001 de 7 de mayo).
9. Derecho a ejecutar la sentencia firme. (STC 21.2.86; STC 55/2000 de 28 de febrero; STC 176/2001 de 17 de septiembre).
10. Derecho a las garantías procesales en general, y a una actuación sin dilaciones indebidas. (STC 10.4.85).

Las ocasiones que ha tenido el TC para manifestarse sobre el tema han sido y siguen siendo muchísimas, porque el ciudadano se ha percatado de que en la eficacia del derecho procesal, están las bases del Estado de Derecho, y en consecuencia de su propia seguridad jurídica, que necesita para el desarrollo de su personalidad, que se le predica y hasta se le escribe en leyes importantes de carácter internacional, pero que busca tan incesante como incansablemente porque tal empresa es la historia de la propia humanidad.

El aspecto más trascendente que ahora interesa destacar, reside en conocer si el derecho que concede el art. 24.1, comprende el derecho a una sentencia justa, conforme a derecho, o simplemente a una resolución motivada respondiendo a todos y cada uno de nuestros planteamientos.

Debemos partir de una idea clara, cual es la de que el poseedor desposeído, el administrado que reúne las condiciones prevenidas para obtener un derecho, el perjudicado por una apropiación indebida... etc., no queda satisfecho con una resolución motivada, sino que habrá de ser conforme con el ordenamiento jurídico cuya aplicación interesa, pues de otra forma la tutela que recaba de los Tribunales de Justicia, no es real no es efectiva.

Nos parece que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 tiene un contenido complejo, y comprende aspectos perfectamente diferenciados, como es el derecho de acudir a los Tribunales y provocar una resolución, que evidentemente puede no ser favorable, porque el acceso es libre, y en consecuencia pueden ejercitarlo "todas las personas", estén o no asistidas por el ordenamiento jurídico material, y cuando no lo está, su derecho concluye con la resolución que motivadamente así se lo indica. Pero cuando lo está, precisa la protección, el reconocimiento, y la efectividad de la sentencia que así lo reconoce. En ambos casos se llega a la resolución fundada en derecho.

Lo cierto es que quien no tiene un derecho o interés legítimo, no puede obtener la tutela jurídica, aunque si pueda pretenderla, de donde se desprenden esos dos aspectos que indicamos y que no han pasado desapercibidos a la doctrina, aunque con enfoques diferentes, relacionando la acción con la legitimación¹⁵⁷ en base a la referen-

¹⁵⁷ SERRANO, en *Comentarios de la Constitución Española*, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid. 1980, pág. 303. "La Constitución establece que la finalidad del derecho es obtener la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos. Se dificulta con ello una delimitación clara de un típico derecho al libre acceso a los Tribunales o derecho a la jurisdicción, puesto que el derecho reconocido se relaciona directamente con el requisito de la legitimación propio de la pretensión y no del derecho de acción, e incluso llega a vincularse con el propio derecho material". - MATEU ROS. *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*. "Revista de Administración Pública" núm. 98 pág. 86 dice que la Constitución tras recoger de un modo amplio y con pretensiones de eficacia real e

cia de los derechos e intereses legítimos, cuando la legitimación presenta verdaderamente otro planteamiento, porque todo legitimado para actuar en un proceso judicial, no está protegido por un derecho e interés legítimo, es más, lo normal, es que una de las partes, perfectamente legitimadas, carezcan de él. Habida cuenta de que la tutela corresponde tanto al lado activo como pasivo de la relación jurídico procesal, nos encontramos con que el precarista goza de legitimación para estar en el proceso pero sus intereses no son objeto de protección jurídica frente al desalojo. El que afirma ser titular de un crédito, que luego no resulta legítimo por haber sido pagado, está legitimado para actuar, porque el significado de la legitimación se circunscribe en determinar quienes son las partes de un proceso concreto¹⁵⁸ y en función de la titularidad afirmada del derecho litigioso, y de la relación que presenta con el mismo.

Por eso la referencia a los derechos e intereses legítimos, nos parece que no debe entenderse como la necesidad de que el derecho de acción, en el reconocimiento concreto de su aplicación efectiva, deba concurrir con la legitimación del titular¹⁵⁹, ya que por el mero hecho de accionar se puede llegar a la sentencia fundada de fondo, sin requerirse la presencia del derecho o interés legítimo, porque éste sólo se exige para que tenga su aparición el derecho de tutela judicial efectiva, que es pues algo más que el derecho de acción, y que no se vincula necesariamente con la legitimación.

La confusión puede venir por ese tratamiento que se viene dando incluso en la jurisprudencia, a la legitimación con el problema de fondo, que deja sin contenido procesal a dicha institución. La sentencia del T.C. de 11 de octubre de 1982, realiza bien a nuestro juicio esa

inmediata, el principio de tutela judicial plenaria, delimita su contenido por la referencia al concepto de la legitimación. Por eso el precepto alude al "ejercicio de los derechos e intereses legítimos".

¹⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ. *Derecho Procesal Civil*. I. Barcelona. 1986, pág. 266.

¹⁵⁹ MATEU ROS, trab. cit. pág. 87.

diferenciación¹⁶⁰.

II. El derecho a la tutela judicial efectiva exige pues la obtención de una resolución "fundada en derecho". Pero ¿qué alcance ha de darse a esta expresión? Para la sentencia del T.C. de 11 de julio de 1983, exigiría que la resolución sean simplemente motivada, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente, y que la sentencia de inadmisión razonada jurídicamente satisficiera "normalmente" el derecho de tutela (11-X-82). Parece pues, en principio que cualquier razonamiento jurídico es válido para conformar la tutela, y más si como señala la sentencia del T.C. de 21 de febrero de 1983 "excluye que este Tribunal pueda constituirse en un órgano que analizando cada supuesto concreto planteado actúe como revisor de la decisión judicial aplicando el sistema de mera legalidad. Sólo en los supuestos excepcionales de que la decisión judicial pueda estimarse como no respetuosa con el contenido del art. 24.1 por arbitraria, por efectuar una valoración claramente impropia... es cuando el Tribunal podrá entrar a conocer en el recurso de amparo la decisión por vulneración de dicho artículo 24.1". Pero queda pues una puerta abierta al examen de la legalidad aplicada, para las decisiones judiciales arbi-

¹⁶⁰ La simple existencia de una sentencia de inadmisión fundada o razonada en Derecho satisface normalmente el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales y la comprobación en esta sede de tales hechos debe conducir sin más a la desestimación del amparo, sin entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal ordinario se dio o no en el proceso correspondiente. Ahora bien, cuando el objeto de tal proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29 y 30.2 CE y 41.1 LOTC), el proceso previo sea el de la Ley 62/1978 o en su día el previsto por el artículo 53.2 CE y la causa de inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en Derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiera sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario quedarían sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatido y su ejercicio quedaría "de facto" indebidamente restringido.

trarias o irrazonadas, aunque otras veces se refiere a la "comprobación de que hubo una sentencia fundada en derecho" (S. de 11-X-82).

En el derecho a la tutela judicial efectiva, ha de comprenderse tanto el derecho de toda persona de acudir a los tribunales, como el derecho a una resolución correcta, fundada en derecho, en la cual puede encontrar la protección efectiva reclamada¹⁶¹.

¹⁶¹ VIVES ANTON. *Doctrina Constitucional y reforma del proceso penal* en "Poder Judicial". Número especial II. 1988, pág. 104.

"A partir de esta distinción, puede afirmarse que el derecho de acción es "abstracto" y queda, en consecuencia, satisfecho con cualquier tipo de resolución; pero la "tutela efectiva" de los derechos e intereses legítimos no puede ser sino concreta, como concreto ha de ser el derecho a ella y, en consecuencia, no puede satisfacerse con cualquier clase de resolución fundada, sino solamente con la resolución correcta.

El Tribunal Constitucional parece configurar el derecho a la tutela en términos abstractos, pues reiteradamente lo define como el derecho a una resolución fundada. Sin embargo, esta doctrina tantas veces repetida no implica, pese a las apariencias, que la jurisprudencia constitucional se incline por la concepción abstracta. Para entender adecuadamente las declaraciones del Tribunal al respecto hay que separar dos cuestiones: la cuestión del contenido abstracto o concreto del derecho a la tutela y la cuestión, completamente distinta, de los límites en que dicho derecho puede hacerse efectivo en sede constitucional.

Parece claro que el Tribunal Constitucional carece de competencia para revisar cualquier tipo de incorrección de las decisiones judiciales: de lo contrario, el juez de la constitucionalidad se convertiría en juez de la legalidad y, por la vía del recurso de amparo, habría aparecido una última instancia en todos los órdenes jurisdiccionales. De modo que, aunque el derecho a la tutela sea concreto, y su contenido pueda definirse como el derecho a una resolución correcta, el Tribunal Constitucional no puede restablecerlo frente a cualquier tipo de vulneración: sólo puede examinar la corrección constitucional de las resoluciones judiciales, no su conformidad total con el ordenamiento jurídico. Así lo expresó ya la Sentencia 46/1982, de 12 de julio, al afirmar, en su fundamento jurídico núm. 2, que los ciudadanos tienen derecho a que los tribunales atiendan la pretensión formulada "adecuadamente" precisando lo que constituye el ámbito del derecho a la tutela fiscalizable por el Tribunal Constitucional en vía de amparo, al exigir una resolución fundada en Derecho, es decir, en la ley que, además de ser constitucional, sea la adecuada al caso y esté correctamente aplicada" desde el punto de vista de la Constitución.

Pero este derecho que indudablemente tiene el justiciable a una sentencia ajustada a la norma, que es diferente al derecho a sentencia favorable, sólo lo puede exigir ante los tribunales ordinarios. Este derecho no es revisable generalmente ante el TC, porque el derecho a la sentencia correcta de fondo, es misión específica del "ius dicere", de los tribunales jurisdiccionales ordinarios, porque como dice la sentencia del TC de 29.10.86 las instancias judiciales son las supremas en todo, salvo en lo que toca a las garantías constitucionales, como se desprende claramente del art. 123 de la Constitución. Y decimos que no es revisable "generalmente" porque en supuestos extremos arbitrarios o irrazonables de la sentencia judicial, si podría el TC entrar a conocer de la mal denominada "legalidad ordinaria". Tal es el caso que se recoge entre otros en la sentencia del TC de 17 de julio de 6 de octubre de 1989, que entiende que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento de la sentencia judicial, resulta intrínsecamente contradictorio y por lo tanto irrazonable, pues a través del recurso de amparo no se puede entrar a revisar el

En conclusión: el derecho a la tutela, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, ha de ser entendido en sentido concreto como derecho a una resolución correcta, que satisfaga las pretensiones fundadas deducidas en el juicio. El hecho de que el Tribunal Constitucional sólo pueda analizar la corrección de las resoluciones judiciales desde el punto de vista de la Constitución sólo pueda analizar la corrección de las resoluciones judiciales desde el punto de vista de la Constitución en nada contradice ese resultado. Y de él se infieren ciertas consecuencias en orden a la configuración del proceso, cuyo objeto constitucional es, a tenor de lo dicho, la satisfacción de derechos e intereses legítimos, satisfacción que no debe quedar enervada por formalidades innecesarias, ora afecten al acceso al mismo, al desarrollo de los procedimientos o a la interposición de recursos.

Corresponde al legislador, en primer término, poner las condiciones de realización del derecho a la tutela, configurando un proceso en el que pueda llegar a producirse una resolución correcta".

"Determinar el tipo de proceso adecuado para alcanzar ese objetivo requiere algunas precisiones acerca de lo que se entiende por una resolución correcta. La corrección de las decisiones judiciales presenta dos aspectos: han de estar bien fundadas fácticamente y bien fundadas en derecho (vid. TEDH, Sentencia de 17 de enero de 1970 -caso Delcourt-; TC, Sentencia 12/1981, de 10 de abril)".

acuerdo técnico de la decisión en sus términos generales, lo cual ha de complementarse con la necesidad de que los pronunciamientos judiciales se encuentran razonados en derecho, y no sean por tanto arbitrarios e infundados, lo que permitiría al TC examinar la motivación de las resoluciones judiciales.

El tema es complejo y difícil, como reconoce el Prof. DIEZ-PICAZO en interesantes aclaraciones sobre el tema¹⁶², y partiendo de su correcta consideración de que los constituyentes españoles quisieron llegar más allá de un puro derecho de acceso a la justicia ¿hasta dónde ha de llegarse? Entiende el citado magistrado del Tribunal Constitucional que el derecho que establece el art. 24 en su párrafo primero debe configurarse como derecho a la prestación jurisdiccional, porque no hay un derecho constitucional a la sentencia favorable.

Pero si nos quedamos en la prestación jurisdiccional consecuencia del acceso a la justicia, no vamos muy allá. No hay evidentemente un derecho a la sentencia favorable, pero creemos que sí a la sentencia fundada y ajustada a derecho, porque una cosa es que no triunfen las propias y particulares interpretaciones de un justiciable, y otra la necesaria prevalencia del principio de legalidad y seguridad jurídica garantizado por la propia Constitución, de forma que si aquel poseedor no fue restituido en su posesión -por ejemplo-. ¿Puede decirse que obtuvo la tutela judicial efectiva? ¿La sentencia simplemente motivada, puede decirse que haya otorgado tal protección? ¿De qué ha servido? ¿Se ha cumplido la previsión constitucional?

Por ello, creemos que tales interrogantes sólo pueden ser respondidos con la teoría sostenida¹⁶³.

¹⁶² DIEZ PICAZO. *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva* "Poder Judicial" Núm. 5 de 1987, págs. 48 y ss.

¹⁶³ V. GÓMEZ DE LIAÑO. *Notas sobre el alcance del derecho a la tutela efectiva*. "Rev. Un. Der. Pro." núm. 0. 1988, págs. 87 y ss.

IX. LOS ACTOS PROCESALES

1.-REQUISITOS Y CLASES

I. El proceso en su aspecto dinámico, está constituido por una serie o sucesión de actos procesales, que son sucesos o acaecimientos realizados voluntariamente, y que tienen una influencia inmediata y directa en el nacimiento, desarrollo, o conclusión del proceso.

Podemos distinguirlos del hecho, como acaecimiento involuntario (muerte de un litigante) e incluso de negocio jurídico procesal, figura ésta discutida porque en el derecho procesal priman intereses de carácter público, que impiden el traslado del negocio jurídico a su campo, aunque algunos autores se manifestaron partidarios de su construcción, encontrando un ejemplo en la transacción judicial.

II. Los actos procesales han de ir revestidos de una serie de **requisitos**, referidos a sus formalidades dirigidas a garantizar el efecto que con ellos quiere lograrse, y que en el momento presente deben enfocarse bajo la orientación constitucional de alejarnos del formalismo que impida la defensa de los derechos en litigio. Cumplen un papel importante en la ordenación del proceso, pero nunca pueden convertirse en obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo (SSTC 4.3.84; 8.5.83; 29.4.85). Respecto a los sujetos que realizan los actos procesales, el órgano jurisdiccional deberá estar investido de potestad jurisdiccional y competencia y las partes tener capacidad, legitimación y postulación. Los requisitos de actividad se refieren al lugar, tiempo y forma de realización de los actos. Respecto al lugar:

1º.- Como **regla general** las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional (arts.268.1 LOPJ y art.129.1 LEC), debiendo acudir al auxilio judicial para llevar a cabo actos fuera del territorio de la jurisdicción del órgano competente (art.274 LOPJ y art. 129.2 LEC).

2º.-Excepciones:

a) No obstante, los Juzgados y Tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica de las actuaciones judiciales, cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia (art. 268.2 LOPJ y art.129.3 LEC). La LEC lo prevé expresamente para la práctica de determinadas pruebas (arts. 353, 364, 311 LEC). Si bien, conforme al art. 169.3 de la LEC, podrá así mismo acudir al auxilio judicial para las actuaciones que hayan de practicarse fuera de la población donde radica la sede del órgano competente pero dentro de su circunscripción.

b) Para que pueda practicarse fuera de la sede del órgano, no ya una actuación concreta, sino un proceso completo (juicio o vista), será necesaria autorización por ley, o por el Consejo General del Poder Judicial, a petición del propio órgano, y siempre dentro de su circunscripción territorial (art.269.1 y 2 LOPJ).

c) Los Tribunales podrán desplazarse fuera del territorio de su circunscripción (sin necesidad de acudir al auxilio judicial) para la práctica de actuaciones de prueba. Es el caso de los jueces del orden penal para la realización de diligencias de instrucción, si el lugar se hallare próximo, resultare conveniente y se diera inmediata noticia al juez competente. Así mismo los Jueces y Tribunales de otros ordenes jurisdiccionales podrán también practicar diligencias de instrucción o prueba fuera del territorio de su jurisdicción cuando no se perjudique la competencia del Juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal (art.275 LOPJ). Hemos de tener en cuenta que en estos casos la LEC permite también para la práctica de pruebas a las que aquí hacemos referencia la posibilidad de acudir al auxilio judicial. El art. 313 hace referencia al interrogatorio domiciliario de las partes o el art. 364 para el interrogatorio de testigos.

d) Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, podrán disponer que los jueces de lo penal se constituyan para celebrar los juicios orales, cuando el número de causas o la mejor

administración de justicia lo aconseje, en las ciudades donde tenga su sede los Juzgados que hayan realizado la instrucción (art.269.3 LOPJ).

En relación con el tiempo:

1º.- Los actos procesales han de realizarse en días y horas hábiles (art.130.1 LEC).

a) Son Días hábiles:

- Regla general: todos los del año a excepción de domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad, y el mes de agosto (arts. 182 y 183 LOPJ y art.130.2 LEC).

- Excepciones:

a) Serán hábiles todos los días para la instrucción de los procesos penales (art.184 LOPJ) y para las actuaciones que se declaren urgentes por las leyes de enjuiciamiento (ver por ejemplo art.131.3 LEC).

b) Así mismo, los Tribunales podrán habilitar días inhábiles, cuando hubiese causa urgente que lo exija, esto es, cuando la dilación pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia o provocar la ineficacia de una resolución judicial (art.184.2 LOPJ y art.131.1 y 2 LEC).

b) Son horas hábiles:

- Regla general: Las que median entre las ocho de la mañana y ocho de la tarde (art.182.2 LOPJ y 130.3 LEC).

- Excepciones:

a) Que la ley establezca otra cosa.

b) De ocho de la mañana a diez de la noche para los actos de comunicación y de ejecución (art.130.3 LEC)

c) Hasta las quince horas del día hábil siguiente al de vencimiento del plazo para la presentación de documentos en el proceso civil (art. 135 LEC).

d) Pueden habilitarse horas hábiles en los mismos supuestos que días. No será necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgen-

tes que se hubiesen iniciado en horas hábiles (art.131.3 LEC).

2º.- Para la realización de un acto procesal puede establecerse bien un lapso de tiempo durante el cual se permite su realización, o bien fijarse un momento determinado para ello; se distingue así entre **los plazos**, como período de tiempo durante el cual se puede realizar un acto procesal, y **los términos**, como momento mismo en el cual el acto se ha de efectuar. Cuando no se fije ni plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación (art.132.2 LEC).

Como regla general *los plazos son improrrogables y los términos no se demoran*, salvo que incurra causa de fuerza mayor apreciada por el juez de oficio o a instancia de parte y con audiencia a las demás (art.134 LEC). Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizarlo (art.133 LEC, 202 LECR, 121 LJCA, 43 LPL). Sin embargo, conviene distinguir los plazos propios y los impropios. Los plazos propios se señalan para los actos de las partes y su incumplimiento invalida el acto. Los plazos impropios se señalan para los actos de los órganos jurisdiccionales y el personal al servicio de la administración de justicia y su incumplimiento no genera normalmente la nulidad (dice el art. 241 de la LOPJ que "las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo"), aunque si no mediara causa podrá ser corregida disciplinariamente, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda exigir las responsabilidades que procedan por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando se produzcan perjuicios concretos y determinados(art.132.3 LEC).

Los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el art. 5 del código civil, el art. 185 de la LOPJ y el art. 133 de la LEC.

Los plazos comienzan a contarse a partir del día siguiente al de la notificación y expiran el último día o día de vencimiento, a las 24 horas, salvo para la presentación de documentos civiles, que será el

siguiente a las quince horas, al no permitirse por la nueva LEC la presentación de los mismos en el Juzgado de Guardia. No obstante cuando la ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquél se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de éste. Para el cómputo, en los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles. Si el último día del plazo fuera inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 185 LOPJ). En los plazos que se hubiesen señalado en las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado 2 del art.131 no se considerarán inhábiles los días del mes de agosto y sólo se excluirán del cómputo los domingos y festivos (art.133.2 LEC). Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes (art.133.3 LEC)

Se entiende por **forma** la disposición con que el acto aparece al exterior.

El modo de **expresión, el idioma y la publicidad** son requisitos formales comunes a los actos del órgano jurisdiccional y a los de las partes.

La Constitución establece el predominio del procedimiento oral, sobre todo en materia criminal (art. 120.2 CE), sin perjuicio de su documentación (art.229 y 230 de la LOPJ). Así ocurre en el proceso penal y en el laboral, sin embargo, el proceso civil y el contencioso administrativo siguen siendo en la actualidad de claro predominio escrito, a pesar de apreciarse una mayor tendencia a la oralidad.(arts 137 y 138 LEC)

Los funcionarios judiciales y los representantes del Ministerio Fiscal usarán en todas las actuaciones judiciales el castellano, lengua oficial del Estado. Podrán utilizar la lengua oficial de la Comunidad Autónoma si ninguna de las partes se opusiere por desconocimiento de ella que pudiese producir indefensión, sin necesi-

dad de traducción al castellano para que tengan plena validez y eficacia en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Si debieran producir efectos en otra Comunidad Autónoma, se procederá de oficio a su traducción. También las partes, sus representantes y quienes les dirijan pueden utilizar la lengua que sea oficial en una Comunidad Autónoma, sin necesidad de traducción. En cualquier caso, el Juez o Tribunal, podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa (art. 231 LOPJ y art.143 LEC).

Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones previstas en las leyes de procedimiento. Por razones de orden público y de protección de derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones (art.232 LOPJ y art.138 LEC). Las deliberaciones y los resultados de las votaciones de los órganos colegiados son secretas, sin perjuicio de la publicidad de los votos particulares (art.139 LEC Y 233 LOPJ). Además de la publicidad como requisito de las actuaciones judiciales, los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones.(arts.140 y 141 LEC y 234, 235 y 236 de la LOPJ).

III. Los actos procesales podemos clasificarlos atendiendo a los sujetos que los realizan.

a) Tenemos en primer lugar **los actos de parte**, que son los realizados generalmente a través de sus representantes legales pues la participación directa de los litigantes es mínima, referida a su propia aportación probatoria a través de la prueba de confesión. Los actos de parte, dirigidos como sabemos por el Letrado, son de alegación y prueba, especialmente, y sobre ellos ya hemos tenido ocasión de hablar.

b) **Los actos del órgano jurisdiccional**, que se concretan funda-

mentalmente en las resoluciones judiciales, a las que se refiere con carácter general los arts. 244 y ss. de la LOPJ y 206 y ss de la LEC, y son:

-**Acuerdos**, cuando tuvieren carácter gubernativo o disciplinario. También aquéllas que se adoptan en la ordenación de las comparecencias. (art.244 LOPJ)

Las resoluciones judiciales dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional se denominan **providencias, autos y sentencias**.

-**Providencias**: Son las resoluciones más sencillas. Respecto a su forma el art. 208 de la LEC y el art.248.1 de la LOPJ exigen: la fecha y lugar en que se adopte, el órgano que la dicta y la decisión que adopta con sucinta motivación cuando así lo exija la ley o el órgano lo estime conveniente y su firma .

Se emplea esta forma en los siguientes supuestos:

a) Como resolución de mera tramitación del proceso o de impulso procesal. Según la LOPJ, son resoluciones para la ordenación material del proceso(art.245.1 a. LOPJ), distinguiéndolas de las diligencias de ordenación del secretario referidas a la simple ordenación formal del proceso (art.288 LOPJ). La diferencia según algunos autores reside en que a través de las diligencias, el secretario no toma decisiones, sino que se limita a ordenar el proceso tal y como está establecido en la ley y en el único sentido previsto por la misma, y se emplea la forma de providencia cuando la ley prevea una alternativa en el decurso del procedimiento y se decide en uno u otro sentido (ver por ejemplo art.300 LEC). Por lo tanto deberá dictarse providencia cuando en el impulso del proceso no proceda dictar diligencia de ordenación.

b) Como resoluciones de dirección material del proceso. Se trata de dirimir cuestiones de naturaleza procesal que surjan en el proceso y que afectan a situaciones de las partes. En este sentido, el art. 206.2.1 LEC establece que se dictará providencia para adoptar resoluciones en las que se decida sobre una cuestión procesal, sin resultar una mera aplicación de una norma de impulso procesal, cuando

así lo exija la ley, o por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes (ver por ejemplo art.294.2 LEC). En estos casos se utilizará providencia cuando no se exija expresamente por ley que deba dictarse un auto.

-Autos: Son resoluciones motivadas y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y razonamientos jurídicos, y por último la parte dispositiva. Irán firmados, con designación del órgano que los dicta, el lugar y la fecha. Con carácter general aparecen previstos para ser utilizados en los casos en el que el juzgador decida sobre la dirección del proceso, resolviendo cuestiones que sin formar parte del fondo del asunto, surjan durante el curso del proceso y afecten a las situaciones de las partes. Se utiliza la forma de auto cuando así se exija expresamente, como en los siguientes casos (arts 241.1b. LOPJ y art. 206.2.2º LEC)

- Para resolver recursos interpuestos frente a providencias.
- Para la admisión o inadmisión de una demanda o la prueba.
- Cuando se resuelva sobre una reconvencción o acumulación de acciones
- Sobre presupuestos procesales
- Aprobación judicial de transacciones y convenios.
- Anotaciones e inscripciones registrales.
- Medidas cautelares.
- Nulidad o validez de actuaciones.
- O cualquier cuestión incidental, tengan o no señalada en la ley tramitación especial.
- Para poner fin a la instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria.

-Sentencias: Son así mismo resoluciones motivadas que ponen fin al proceso, resolviendo definitivamente el pleito, en primera, o en segunda instancia, una vez concluida su tramitación ordinaria. También se resolverán a través de sentencia los recursos extraordinarios, y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes (art. 245.1.c. LOPJ y art. 206.2.3º LEC).

Respecto a su forma, además de contener los datos relativos al plei-

to, las partes y el órgano judicial (encabezamiento), recogerán en párrafos separados y numerados tanto los antecedentes de hecho como de derecho y, finalmente la parte dispositiva o fallo (ver art. 248.3. LOPJ y 209 LEC).

Las resoluciones jurisdiccionales en general:

- Son **definitivas** las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas. (art.207.1 LEC)
- Son **firmes** cuando no cabe interponer frente a ellas ningún tipo de recurso ordinario ni extraordinario, bien por haber transcurrido el plazo para recurrir, bien porque la ley no prevea recurso alguno. Las resoluciones firmes producen el efecto de cosa juzgada y el Tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. (art.207.2 LEC)
- Si se dictan de forma oral, deberán documentarse debidamente.(art.210 LEC)
- Al notificarse, deberá constar en ellas si son firmes o si procede algún recurso, indicando en este caso ante que órgano y en que plazo.(art.208.4 LEC)

c) **Actos del secretario judicial:** Son como ya hemos visto de diversa naturaleza, referentes principalmente a la documentación, mediante actas, diligencias o notas (art. 279 de la LOPJ y art. 146 LEC), dando fe de los acontecimientos con trascendencia procesal; a la comunicación entre el juez y partes; dando cuenta a aquél, de los escritos y documentos presentados; y notificando a éstas las resoluciones que recaigan.(arts.279 a 291 y 472 a 483 LOPJ y 145 a 149 LEC).

d) También hay **actos procesales de colaboración o auxilio realizados por el personal colaborador** o auxiliar del órgano judicial. Una autopsia es un acto procesal realizado por el médico forense. Un embargo es un acto procesal realizado por el agente judicial.

e) Y por último, cabría también hablar de **actos procesales realizados por terceras personas** ajenas al proceso, pero que se ven de

algún modo inmersas en el mismo, como el testimonio que presta un testigo, o la pericia realizada por un perito con las formalidades exigidas por la ley.

2.-LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

I.-CONCEPTO

Cuando un acto procesal se realiza respetando los requisitos establecidos para el mismo, la consecuencia es que produce los efectos esperado y previstos por la ley. En consonancia, cuando estos requisitos se incumplen, su eficacia queda alterada, privando al acto de todos o parte de sus efectos normales. No obstante, no todas las infracciones de los presupuestos y requisitos formales de los actos procesales tienen la misma gravedad, de ahí que las consecuencias deban de ser a su vez diferentes.

A pesar que las concepciones imperantes en torno a la nulidad de los actos procesales durante mucho tiempo, fueron una mera transposición de las categorías generales sobre la ineficacia de los actos jurídicos en general, el régimen incorporado por la LOPJ de 1985, aplicable a todos los ordenes jurisdiccionales prescindió de ellas, presentando así unas peculiaridades propias, con plasmación de las orientaciones derivadas de los planteamientos constitucionales en torno al principio de la máxima validez de los actos procesales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a considerar como subsanable el defecto siempre que por su naturaleza sea susceptible de serlo, de manera que por sí solo el defecto en cuestión no puede entrañar la nulidad de lo realizado.

Para HERNANDEZ GALILEA, se trata de una categoría eminentemente pragmática cuya finalidad fundamental es la protección del derecho a un proceso con todas las garantías, siendo por tanto preciso abandonar el concepto de nulidad como vicio de los actos y concebirla como técnica de protección. Y en este sentido la define como una técnica instrumental dirigida a eliminar los efectos - ya produci-

dos o cuya producción se pretende - de aquellos actos jurídicos en los que se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección.

El problema de la **nulidad** de los actos procesales -afirma ALSINA- es una cuestión muy delicada porque si bien debe asegurarse el cumplimiento de las formas que la ley prescribe, no pueden ocasionarse perjuicios innecesarios declarándose nulidades. Y aquí es donde reside precisamente el núcleo de la cuestión, por la necesidad de conciliar las exigencias de formas como garantía fundamental de los actos, y evitar las consecuencias perniciosas de nulidades injustificadas.

II.-REGIMEN JURIDICO

El sistema vigente es complejo y aparece regulado en los arts. 238 a 243 de la LOPJ, mientras no entren en vigor las previsiones de los arts. 225 y siguientes de la NLEC, en suspenso por la D.F. decimo-séptima hasta que no se reforme la LOPJ.

Dicho sistema se asienta sobre dos principios fundamentales:

- **el principio de conservación o máxima validez de los actos procesales.**
- **y el principio de subsanación de los actos procesales.**

El primero de ellos se encuentra recogido en los arts. 241 y 242 de la LOPJ respondiendo sobre todo a razones de economía procesal, "*la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que fueren independientes de aquel, ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. Igualmente, la nulidad de parte de un acto no implica la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla*"(art.242 LOPJ).

El art. 241 LOPJ limita al mínimo las nulidades por infracción del requisito tiempo: "*las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo pueden anularse si lo impone la naturaleza del término o plazo*"(art. 241 LOPJ).

El principio de subsanación de los actos procesales implica que si un acto presuntamente defectuoso admite la posibilidad de ser subsanado, se apostará por esta opción antes de declarar su nulidad. En este sentido se pronuncia el art 11.3 de la LOPJ: "*Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art.24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes*". Por su parte el 243 de la LOPJ en relación con los actos defectuosos de las partes prevé que: "serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales", lo que obliga a considerar cada caso aisladamente. La subsanación está expresamente prevista por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 57.3); en la Ley de Procedimiento Laboral (arts. 54 y 72); en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 50 y 85.2) y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art.231). En determinados casos se recogen trámites específicos de subsanación, especialmente en la legislación procesal laboral, sin embargo y como es lógico no se prevé un trámite específico para cada acto, debiendo admitirse con carácter general la posibilidad de que el juez en cualquier estado de la causa, cuando aprecie la existencia de algún vicio o defecto susceptible de ser objeto de subsanación como los que afectan a la capacidad o representación, pueda proveer al efecto, concediendo un plazo a la parte afectada, solución inevitable de la hermenéutica finalista que domina esta materia, y cuyas pautas vienen fijadas por el Tribunal Constitucional, que entiende que las exigencias formales han de analizarse a la vista de la finalidad que pretende lograrse con ella, y cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela debe procederse a la subsanación del defecto más que a eliminar los derechos y facultades que se vinculan a su cauce formal¹⁶⁴. No es, por tanto, la importancia de las

¹⁶⁴ Sentencia del TC de 21.3.86:

Por ello los trámites formales no deben ser exigencias cuyo cumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de

omisiones y defectos procesales lo que cuenta, sino la posibilidad de su subsanación sin quebrantar los derechos que salvaguardan las normas procesales que los imponen.

La STC de 30.11.89 recoge perfectamente esta orientación al señalar que: los requisitos de forma, como la exigencia de firma de Letrado que establece el art. 158 LPL, "no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima"; de manera que ha de atenderse siempre a las circunstancias concurrentes a efectos de contrastar la finalidad que pretenden alcanzar las exigencias formales con la entidad real del defecto ocurrido, evitando sanciones desproporcionadas. Con la consecuencia de que si aquella finalidad "puede ser lograda sin detrimento de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto",

cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte, cuando esa finalidad pueda ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía de recurso. Esta interpretación finalista y su corolario. La proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamentalmente (STC 19/1983, 14 de marzo, FJ 4) (R. T. Const. 19).

Todo lo anterior implica una especial orientación interpretativa de la legalidad por parte de los Tribunales, los cuales, en la medida en que no la atiende, pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Cuando eso suceda, como ha tenido lugar en este caso, para controlar las eventuales violaciones del art. 24.1 de la Constitución, es preciso en ocasiones como requisito inexcusable que este Tribunal valore esa misma legalidad, a través de la que se articula necesariamente el derecho invocado.

muy especialmente cuando la inobservancia del requisito formal produce "el cierre de la vía del recurso".

En último extremo, se declara la nulidad del acto viciado, cuando no sea posible la subsanación sin quebrantar otros derechos, lo que implica generalmente la supresión del mismo y de los derivados, reponiendo las actuaciones al momento anterior a aquél en que se cometió el vicio o defecto.

III. MOTIVOS DE NULIDAD

1.-Supuestos específicos de nulidad del art.238 de la LOPJ:

Hemos de advertir que aunque la ley hace referencia a la nulidad de pleno derecho, no se encuentra en la LOPJ mención alguna a cualquier otra categoría intermedia por lo que somos partidarios de considerar a la nulidad procesal como categoría única, lo que no impide que el tratamiento de las distintas infracciones varíe según la importancia de aquellas. Al analizar los distintos supuestos, tendremos en cuenta algunas de las modificaciones que introdujera la nueva regulación contenida en la LEC una vez que entre en vigor.

Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1. Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
2. Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.
3. Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley, o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

A la vista de la amplitud del tercer párrafo y la existencia de otros supuestos distintos contemplados en la propia LOPJ podemos afirmar que no estamos ante una lista cerrada de supuestos. El precepto parece establecer un criterio general (nº3) y dos supuestos concretos de nulidad(1º y 2º):

- El primero alude a la **ausencia manifiesta de jurisdicción o competencia objetiva y funcional**, esto es, cuando los actos sean realizados fuera del ámbito que le ha sido atribuido al órgano. La nueva LEC (art.225.1) amplía la aplicación de la nulidad no solo a los actos realizados por el órgano incompetente sino también a los realizados ante el mismo.

- El segundo, a **los actos judiciales realizados bajo violencia o intimidación**. Se trata del único supuesto en el que no existe límite respecto al tiempo ni a la naturaleza de la resolución para valorar la nulidad. En este sentido el art. 239 de la LOPJ prevé que "los Jueces y Tribunales cuya actuación se hubiese producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables". Respecto al resto de supuestos, el límite legal máximo está fijado en cinco años a contar de la notificación o publicación de la sentencia, a partir del cual el defecto deviene irrelevante (art.240.3 LOPJ y art.228.1 LEC).

Al respecto, la NLEC(recordemos normativa que entrara en vigor cuando se modifique la LOPJ) incluye además de los actos del juez, los de las partes o intervinientes. En este caso, el juez únicamente podrá declarar la nulidad de oficio antes de que haya recaído sentencia definitiva en cualquiera de las instancias. Una vez que la sentencia sea firme, sólo queda a las partes el recurso de revisión. Además la NLEC en su art.225.4 ha añadido un nuevo supuesto concreto de nulidad referido a los actos realizados sin intervención de abogado en los casos en que la misma sea legalmente obligatoria y un párrafo 5º que establece la nulidad de los actos procesales en los demás casos que ella misma establezca. (entre otros destacamos los contenidos en los arts. 97, 113, 280, 588, 609, 559.3 ,562 y por su novedad los contenidos en los arts 68, 166 y 137 respectivamente en relación con la omisión del reparto de asuntos en aquellas sedes judiciales que son compartidas por varios órganos e infracción de sus normas reguladoras, la nulidad de los actos de comunicación y la infracción del principio de publicidad y la ausencia del juez en determinadas actuaciones).

- El criterio general del nº3 del art.238 de la LOPJ respecto a la omisión de normas esenciales del procedimiento, se establece tomando como punto de referencia la producción de indefensión en consonancia con el art.24.1 de la CE. De manera, que una norma puramente formal o de trámite, puede resultar esencial si con su omisión se coloca a una de las partes en situación de indefensión. La resolución que deniega el recibimiento del juicio a prueba cuando era procedente, acarrea nulidad porque origina indefensión. La resolución que recibe el juicio a prueba cuando era improcedente, no debe acarrear aquella nulidad, porque todo lo más que ha originado es un "plus" de actuaciones, irregulares, desde luego, pero que aunque puedan perjudicar a una parte, por la incorporación de datos irrelevantes, ello no es constitutivo de indefensión, pues defensa no debe de entenderse en el sentido de buscar a ultranza todas las ventajas en contra incluso de la verdad objetiva que el proceso persigue, sino como posibilidad de utilizar todos los medios y posibilidades que el proceso ofrezca, en defensa ordenada y justa de una postura.

Por su parte la infracción de cualquiera de los **principios** allí enumerados (**audiencia, asistencia y defensa**) puede provocar directamente la nulidad de pleno derecho independientemente de que se hayan observado o no las normas de procedimiento.

Hemos de tener en cuenta que los arts.240 y ss de la LOPJ contienen a su vez ciertas precisiones de tipo restrictivo sobre el criterio general. En relación con los defectos de forma, que son una especie dentro del genero de los defectos procedimentales, el art.240 condiciona su nulidad por un lado, a la ausencia de requisitos del acto para alcanzar su fin o que determinen efectiva indefensión impidiendo así una interpretación extensiva del criterio general, desvinculando la nulidad de la simple inobservancia formal. Por su parte el art.241 de la LOPJ, establece que "las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo". La infracción de los denominados plazos impropios en principio como ya hemos visto no acarrea la nulidad, sin perjuicio de poder establecerse la correspondiente corrección disci-

plinaria a la que alude el art.132 de la LEC. Sin embargo como distingue HERNANDEZ GALILEA, los plazos judiciales tienen una doble perspectiva. Aquellos cuya finalidad es impedir la excesiva dilatación del proceso, como son los plazos para dictar sentencia o cualquier otra resolución, la aplicación de la nulidad carece de sentido porque se conseguiría precisamente el efecto contrario al pretendido.

Cuando lo que se pretende con los plazos es proteger el derecho a un proceso con todas las garantías, esto es, principios fundamentales como el de igualdad, seguridad jurídica, audiencia etc., como es el caso de los establecidos para la personación de las partes o para cualquier otro tipo de comparecencia y que son vinculantes para el órgano jurisdiccional, constituyen supuestos en los que la extemporaneidad, ya sea por exceso o por defecto debe de ser valorada como causa de nulidad. La regulación de la NLEC sobre el criterio general en relación con la actual de la LOPJ no varía sustancialmente, aunque si se aprecia una formulación simplificada que resulta más beneficiosa. Así mismo establece precisiones al criterio general equivalentes a las ya vistas respecto a la regulación contenida en la LOPJ.

II.- Otros supuestos de nulidad de la LOPJ:

- El contemplado en el art.11.1 de la LOPJ en relación con las pruebas ilícitas. La NLEC en sus art. 287 y ss regula expresamente la alegación de este motivo, señalando como momento preclusivo la notificación del auto de admisión de prueba. También puede ser suscitada de oficio por el propio órgano y previa audiencia de las partes deberá resolverse en el acto del juicio.

- El art.228 establece que "contra la decisión de la recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de esta". Cuando entre en vigor la regulación de la nulidad contenida en la LEC, será sustituido por el art. 113 de aquella de redacción equivalente.

IV.MECANISMOS DE DENUNCIA

A)Durante la tramitacion del proceso:

1.- De oficio por el órgano ante el cual se produce:

- Con carácter general, el Juez o Tribunal, podrá, de oficio declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, previa audiencia de las partes, antes de que hubiese recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación.(art.240.2 LOPJ y 227.2 LEC). El control de oficio en fase de recurso queda limitado en la nueva LEC respecto a la apreciación de la falta de jurisdicción y competencia (art.227.2)
- En supuestos de nulidad de actuaciones producidas con intimidación o violencia, desde el momento en que se vean libres de ella podrán declarar nulo todo lo practicado y promover la formación de causa contra los culpables(art.239 LOPJ y art226 LEC.).

2.-A instancia de parte:

- Antes de que hubiese recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso y siempre que no proceda la subsanación (art.240.2 LOPJ y 227.2 LEC).
- A través de los medios de impugnación previstos en la ley contra la resolución de que se trate (art.240.1 LOPJ y 227.1 LEC).
- A través de los demás medios que establezca la ley. En algunos casos en actuaciones concretas como puede ser solicitando la nulidad en la comparecencia previa o en otras ocasiones basta con la simple puesta de relieve del vicio en cuestion (RAMOS MENDEZ).

B) Tras la firmeza de la sentencia:

1.-A instancia de parte:

- El incidente excepcional de nulidad de actuaciones . Se pretende que sea un mecanismos residual para supuestos muy concretos (art.240 LOPJ).

Presupuestos:

- a) Que el proceso haya concluido por sentencia o auto irrecurrible.
- b) Que exista un defecto de forma que hubieran causado indefensión o por incongruencia del fallo.
- c) En relación con los defectos de forma, que los mismos no haya sido posible denunciarlos antes de recaer al sentencia o resolución que ponga fin al proceso.

Respecto a la legitimación se incluye a quienes hayan sido parte o hubieran debido serlo. Será competente para conocer de este incidente el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la sentencia, la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último supuesto, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución. La resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será suceptible de recurso alguno.

Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de 5 días, podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes. La resolución final sobre este incidente no será suceptible de recurso alguno. (art.240.3 y 4 LOPJ).

En la NLEC (art.228) se suprime la alusión de la LOPJ respecto a la posibilidad de denuncia por esta vía la incongruencia del fallo, se establecen amplias facultades de inadmisión del incidente y la posibilidad de una sanción económica en caso de desestimación.

- Recursos excepcionales de audiencia al rebelde y de Revisión en determinados casos.
- El recurso de Amparo ante el TC: La Valoración de la nulidad en esta sede tiene un ambito más restringido que en sede de la jurisdicción ordinaria puesto que solo podrá conocer de aquellas infracciones que afecten a derechos fundamentales y en concreto al derecho a un proceso con todas las garantías.

X. PRINCIPIOS PROCESALES

1.-PRINCIPIOS DEL PROCESO

Son aquéllos que presiden o deben presidir el orden del proceder expresando la filosofía inspiradora, los criterios generales que orientan el sistema, y en especial la postura y actividad de las partes, en su relación con el tribunal; y así vendrían a "regular" en un sentido amplio ese diálogo que es el proceso, presentando las líneas generales a las que debe responder, para su mejor marcha y ordenación.

a) El principio de lealtad y buena fe

Frente a todos aquéllos que tienen un eminente carácter técnico por disciplinar las particularidades del ejercicio de la acción o de la jurisdicción, habría que empezar por destacar aquél de carácter ético que es el principio de la **buena fe** o principio de lealtad de las partes, porque si no partimos de la base de concebir el procedo judicial como una contienda ordenada por las reglas de la buena fe difícilmente podemos conseguir los fines pretendidos efectos del "suum cuique tribuere".

La LOPJ de 1985 dió entrada en su artículo 11 a las reglas de la buena fe estableciendo que habrán de ser respetadas, no surtiendo efectos las pruebas ilícitamente obtenidas, e imponiendo a los tribunales la obligación de rechazar las peticiones, incidentes o excepciones, que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

El interés general, al cual sirve el proceso, se ve burlado cuando las partes lo utilizan con propósitos fraudulentos, o se persiguen resultados ilegales. La justa y correcta solución que se pretende proporcionar exige también la colaboración, e incluso el deber de veracidad, que tradicionalmente ha carecido de sanción en nuestro derecho pero en virtud de la potenciación normativa de las reglas de la buena

fe, nada impedía la valoración judicial de tal actitud. Alegar hechos contrarios a la verdad es contrario a las reglas de la buena fe, y no está dentro de la ortodoxia procesal. Pero verdaderamente la infracción del deber de veracidad, carecía de una sanción directa, pero no de las consecuencias que debían tener, no sólo en materia de costas, por la vía de la temeridad apreciada, sino en cuanto al fondo del asunto por la influencia que podía ejercer en los juicios de valor que el juez siempre realiza en el momento de sentenciar y a los cuales se sus-traen muy difícilmente la actitud de las partes, porque cuando se busca la convicción judicial y se descubre la falsedad y la mentira, podía encontrar la adecuada respuesta en la sentencia.

Decía CARNELUTTI, que el engaño tiene un amplio desenvolvimiento en el campo del proceso, y debe procurarse liberarlo de esa plaga. El abogado sabe que todos los medios no son lícitos para obtener la victoria.

Los correspondientes Estatutos de Abogados y Procuradores imponen a dichos profesionales la obligación de probidad, lealtad y veracidad en relación con los tribunales y en cuanto al fondo de sus declaraciones situación que no debe confundirse con la propia de la parte cuando declara que está asistida del derecho constitucional a guardar silencio y de no perjudicarse en su declaración, si bien tiene un contenido diferente en el proceso civil que en el penal.

En los tiempos actuales la exaltación de los derechos individuales, había llevado a algunos autores a hablar del derecho a la mentira en el proceso, como supremo homenaje a la libertad aun a costa de la moralidad del proceso. Nos parece excesiva tal conclusión, porque el interés general que el proceso desarrolla está por encima del supuesto individual, y sobre todo porque una cosa es tener derecho a no declarar contra sí mismo y otra el derecho a mentir¹⁶⁵. Es absolutamente necesario distinguir, entre las naturales discrepancias, la negación o la excepción, que son actitudes propias de la contienda judicial,

y las invenciones gratuitas, planteamientos engañosos, y los datos que falsean la realidad que deben de alejarse del proceso judicial.

Durante la tramitación parlamentaria de la NLEC se introdujo el art.247 bajo la rúbrica de "la buena fe procesal" y que tiene su precedente legislativo en el ya citado art. 11 de la LOPJ, viniéndose a recoger finalmente algo tan olvidado en el proceso, sobre todo en el civil que como ya decía la STS de 3.1.75, venía siendo un medio especialmente apto para encubrir no ya la probidad, sino la mendicidad y la falacia. Ahora finalmente se pretende luchar contra ella, y se otorga, como ya hemos visto, facultades a los jueces para imponer multas de hasta 6000 euros a las partes que hayan conculcado las reglas de la buena fe procesal, y también a los profesionales intervinientes, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que pudiesen incurrir.

Concretamente el art.247 de la NLEC bajo "el respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento" establece:

- 1- Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.
- 2- Los Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.
- 3- Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6000 euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.
- 4- Si los Tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, dará traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

¹⁶⁵VÁZQUEZ SOTELO. *La presunción de inocencia*. Cit., pág. 101

b) El principio de eficacia

Desde un punto de vista teleológico hoy más que nunca se habla de **principio de eficacia**, en virtud del cual el proceso debe proporcionar un resultado que sea útil, y que ofrezca al justiciable una verdadera solución, una respuesta adecuada a la exigencia social que lo hizo nacer, y ello exigiría principalmente una duración razonable, un costo asequible, y la facilidad de cumplimiento o de ejecución de las resoluciones. Cuando los procesalistas españoles quisieron celebrar el centenario de la LEC, se escogió el tema de la eficacia en el proceso para demostrar la preocupación por la disminución de su presencia, girando las ponencias presentadas sobre esta cuestión¹⁶⁶. En el Congreso Internacional de Derecho procesal celebrado en Würzburg (Alemania Federal), el tema central fue el de la eficacia en el proceso, preocupación prevalente que debe inspirar el estudio de los planteamientos y reformas, porque lo importante es llegar pronto y llegar bien, de otra forma el viaje no merece la pena.

En las leyes procesales más modernas como la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de la jurisdicción Contenciosa Administrativa y finalmente en la NLEC se manifiesta este principio de manera acusada adoptándose soluciones más aptas para alcanzar el resultado pretendido. Como previsiones expresas del mismo destacamos:

- La posibilidad de apreciar de oficio la propia competencia.
- Supresión de formalismos innecesarios.
- Mayor amplitud del beneficio de justicia gratuita y la no imposición de costas en determinados supuestos.
- Intervención facultativa de Abogado y Procurador en determinados casos, pudiendo actuar el particular en nombre propio.
- Rechazo de oficio de pretensiones dilatorias y abusivas.
- Amplitud de posibilidades de subsanación de actuaciones procesales defectuosas.

- En la NLEC parece claro que una de las líneas de la reforma ha sido la de atajar el mal endémico de la morosidad reformando materias como la ejecución provisional y forzosa, las medidas cautelares y la instauración del denominado proceso monitorio. Destaca la novedad de las multas coercitivas en la ejecución por obligaciones de hacer o no hacer (arts 711 y 713)

c) Principios de dualidad, igualdad y contradicción

Atendiendo a la posición de las partes en el proceso se enuncian los principios de **dualidad de partes, de igualdad y de contradicción**¹⁶⁷.

El conflicto que subyace en todo proceso y que trata de resolverse exige la existencia de pluralidad de partes, dos al menos, esto es en dos posiciones, pues en cada una de ellas, pueden presentarse varias más, originando la figura procesal del litisconsorcio.

En el proceso civil y en el laboral, desde el primer momento se configura la dualidad porque en la demanda que lo inicia es requisito fundamental determinar la persona del demandante y aquélla o aquéllas

¹⁶⁷ "La necesidad de respetar en todo proceso el derecho a la defensa contradictoria de las partes que lo sean o deban serlo, asegurándoles la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y de rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas. Este derecho a la contradicción procesal no determina la necesidad de que de "facto" tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse en numerosos procesos y que no deriva de lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución, siempre que e respete el aludido derecho a la defensa. Menos aún puede extraerse de aquel precepto la consecuencia de que, a falta de fundamentación expresa de los pedimentos de una de las partes debe rechazarla el Órgano judicial que conozca de los mismos, pues, siempre sin merma del principio de congruencia, y a no ser que el ordenamiento imponga una motivación específica de la acción o recurso ejercitado, delimitando así su procedencia y objeto, es potestad del Tribunal de apelación llevar a cabo un nuevo examen de los hechos y del Derecho aplicable". (STC. 4.2.87).

¹⁶⁶ Ver *Para un proceso civil eficaz*. Publicación de la Universidad Autónoma de Barcelona. Edición de Francisco Ramos. 1982

frente a las cuales se deduce. En el proceso administrativo se considerará parte demandada a las Administraciones públicas contra cuya actividad se de dirija el recurso y a las personas o entidades cuyos derechos e intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante(art.21 LJCA). En el proceso penal pueden también acreditarse desde el comienzo de la fase preparatoria cuando se inicia por querella, y en todo caso la necesidad de una acusación para la apertura del verdadero proceso que reside en la denominada fase de plenario, garantiza la dualidad.

Nadie puede ser condenado sin ser oído, y el art. 24 de la Constitución prohíbe la indefensión¹⁶⁸.

¹⁶⁸ La sentencia del T.C. de 8 de febrero de 1982 señala:

"El derecho fundamental acogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, predicable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que "en ningún caso pueda producirse indefensión"; lo que indudablemente significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos o intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal "nemite damnatur sine audiat", se conculca como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa -sentencia de 23 de noviembre de 1981, Rec. 189/1981 (T. Const. 38)-, proscribiendo la desigualdad de las partes -sentencia de 22 de abril de 1981, Rec. 202/1981 (T. Const. 13)-, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción -sentencia de 31 de marzo de 1981, Rec. 107/1980 (T. Const. 9)-, para lo que el acusado debe tener plenas oportunidades de defensa y el Tribunal amplios elementos de juicio para dictar sentencia -sentencia de 22 de abril de 1981, Rec. 202/1981 (T. Const. 13)-. Este derecho fundamental, hoy constitucionalizado y como tal extensible, es de necesario reconocimiento en las Leyes procesales en cualquier clase de procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza y finalidad; así, en el ámbito penal, por la trascendencia del ejercicio del "ius puniendi" con respecto a los derechos esenciales del hombre, ha de ser singularmente exigente, sobre todo en

El principio de contradicción, se manifiesta en el proceso penal con más fuerza desde el punto de vista formal que en los demás procesos, en los cuales basta con dar la posibilidad a la parte demandada para que se defienda, mientras que en aquél es necesario que el

la fase plenaria, acatando el viejo postulado "audiat et altera pars" que impone la bilateralidad de la audiencia a ultranza, ante la presencia del principio acusatorio que exige equilibrio entre las partes acusadoras y acusadas, pero ha sido y es objeto de matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito ejercitada contra terceras personas, que responden en forma subsidiaria o por insolvencia del responsable principal o a causa de seguros legales o voluntarios, que se ejercita facultativamente dentro del mismo proceso penal en inserción acumulativa, y con un menor alcance en orden a los intereses a valorar, por ser de naturaleza privada. De esta forma, si bien con relación a la acción civil es siempre necesaria la audiencia -salvo en el supuesto de ausencia de oposición voluntaria por el perjudicado- en alguna de las fases sumarial o plenaria del proceso penal, para impedir la condena sin ser oído, sin embargo, tiene en su desarrollo menor alcance que el propio de la acción criminal, por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento; exigencia que ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencias de 29 de mayo de 1945 (R. Jurisp. 679), 16 de junio de 1961 (R. Jurisp. 2662), 17 de noviembre de 1965 (R. Jurisp. 5113), 11 de octubre de 1974 (R. Jurisp. 3713) y 30 de octubre de 1976 (R. Jurisp. 4384) entre otras muchas".

"El art. 24 de la C.E. al proscribir la indefensión, y exigir el derecho de defensa, para que los órganos judiciales otorguen dentro del proceso debido la tutela judicial efectiva a los ciudadanos, está determinando en un ámbito muy importante que las partes puedan dentro del proceso judicial ejercitar con libertad la exposición dialéctica de los hechos, fundamentos del derecho y pretensiones con la finalidad de justificar sus intereses y derechos, en igualdad de condiciones con las demás partes procesales, no pudiéndosele privar de los trámites determinados en las normas procesales de alegación o de contradicción salvo que existan causas de absoluta justificación legal. Por otro lado, dentro de la tutela judicial efectiva, como ha determinado la doctrina de este Tribunal reiteradamente, se concede el derecho a las mismas partes del proceso a ejercitar los recursos establecidos en las leyes rituarias, pues si se niegan indebidamente se originaría indefensión por privárseles de la posibilidad de revisar las resoluciones judiciales dictadas ante otra instancia superior o en casación, aunque en ningún caso pueda apreciarse la existencia de dicha indefensión, cuando se deba a la inactividad o la conducta desahogada en derecho de la propia parte que la invoca". (STC.29.7.85).

acusado esté efectivamente presente en el proceso, y sea defendido de manera que cuando no articula su defensa formal mediante el nombramiento de abogado y procurador, se le nombra de oficio. Pero desde el punto de vista material se manifiesta con menos intensidad porque el acusador público no tiene interés propio en defender a ultranza una postura, como ocurre con el demandante civil, al no existir un interés del Estado en castigar, sino en aplicar la ley, debiendo dicho acusador pedir la absolución cuando a su juicio fuere procedente.

El principio de contradicción debe completarse con el de **igualdad** de medios de ataque y defensa, que presenta particularidades también según los diferentes procesos, ya que aunque en todos ellos es punto de partida derivado de la consagración constitucional de la igualdad ante la ley, no es más que un buen deseo en el administrativo, porque la Administración es un gigante que siempre está por encima de los Administrados (ALCALÁ-ZAMORA), en el penal choca con el desequilibrio legalmente establecido en la fase preparatoria, en el laboral se ha realizado un esfuerzo especial por proteger a la parte más débil, y por eso pueden encontrarse con menos intensidad que en el civil, que tiene su fuente principal en imperativos de carácter económico, pues desde un punto de vista formal la igualdad está reconocida, y las partes han de tener las mismas posibilidades de alegación, prueba, recursos, etc...

d) Principio dispositivo y de aportación

I. Por el **principio dispositivo**, a las partes les corresponde "la disposición" del proceso en el sentido de ostentar la facultad de iniciarlo, determinar su contenido e incluso concluirlo porque en virtud de la titularidad del derecho material que invocan y tratan de hacer valer pueden "disponer" de su trayectoria procesal. Sin embargo, se cuestiona el alcance de las facultades de las partes en este sentido, porque una vez que se ha iniciado, el proceso está disciplinado en su desarrollo no tanto por el respeto debido a la voluntad de las partes, como a los medios idóneos para garantizar el mejor ejercicio de la función jurisdiccional, de acuerdo con la opinión de que el fin del pro-

ceso reside tanto en la conservación del orden jurídico, como la protección de los derechos individuales.

El tribunal al resolver debe atender a "los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido, en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida, de forma que cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción por ende del fundamental derecho de defensa. La doctrina de la congruencia es perfectamente compatible con el principio tradicional *iuri novit curia*, pues los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada". (STC 1.11.85). En este sentido se pronuncia el art.218.1 de la NLEC estableciendo que "El Tribunal sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes

La congruencia entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso es un requisito ineludible para la prestación de la tutela judicial efectiva¹⁶⁹.

¹⁶⁹ "Constituye requisito ineludible para la debida prestación de la tutela la congruencia entre el pronunciamiento judicial y el objeto del proceso, de modo que aquél ha de sujetarse a los límites con que éste ha sido configurado, pues en otro caso la actividad procesal podrá haberse desenvuelto con arreglo a las normas jurídicas y constitucionales, pero su resultado constituirá una efectiva denegación de la tutela en cuanto que lo resuelto no será realmente el supuesto planteado, sino un hipotético supuesto distinto, y en la medida en que el objeto del proceso, por referencia a sus

En aplicación de este principio, sólo la parte interesada decide sobre la "oportunidad" de iniciar el proceso y asumir en él la calidad de parte, pudiendo allanarse, renunciar a la acción, desistir del procedimiento, transigir, recurrir, y pedir en su caso la ejecución, vinculando al juez con sus peticiones ya que según indica el art. 218.1 de la NLEC las sentencias deben de ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito.

En virtud del denominado **principio de aportación o justicia rogada**, a cada parte le corresponde de manera exclusiva la carga de incorporar al proceso los hechos oportunos, proponer la prueba correspondiente para su verificación, y que en un sentido amplio forma parte del principio dispositivo, pues aunque se quiera ver en él algo distinto, en el fondo responden a la misma necesidad de apartar al juez de las prácticas inquisitivas y de actuación oficial, que sólo debe permitirse en aspectos concretos cuando no pelagra su imparcialidad y en aras al mejor fin del proceso como en el examen de oficio de los presupuestos procesales (arts.37, 38, 39, 58, 416 NLEC), e incluso la NLEC matiza este principio en beneficio de la investigación como lo prevenido en el art.282: " las pruebas se practicarán a instancia de parte. *Sin embargo el Tribunal podrá acordar de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la leyes.* Al respecto el art.339 permite que el Juez de oficio pueda designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales. Y en algún caso se limita en beneficio de la eficacia como el prevenido en el art.219 para evitar trámites y dilaciones, el mismo establece que la sentencia de condena al pago de una cantidad dineraria, ha de

elementos subjetivos -partes- u objetos -causa de pedir y "petitum"-, resulte alterado en el pronunciamiento judicial, la actividad en que consiste la tutela habrá sido indebidamente satisfecha, y no porque la decisión judicial no sea acorde a la pretensión de la parte, sino porque no es congruente con ella". (STC. 3.11.84).

establecer la cantidad exacta o fijar con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se fijará en la ejecución, no permitiéndose que las condenas se efectúen con reserva de liquidación.

El principio dispositivo rige en el proceso civil, en el laboral y el administrativo, si bien este último, tiene excepciones en el caso de ejercicio de la acción popular, en las limitaciones del allanamiento, en la posibilidad por parte del Tribunal de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de un acto, y en el procedimiento especial de suspensión de acuerdos de las corporaciones locales por infracción manifiesta de las leyes.

II. En el penal rige por el contrario el principio de **oficialidad** también llamado de **necesidad**, recogido en el art. 1 de la LECR, al ordenar que no se impondrá pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el juez competente, porque el "ius puniendi" no puede aplicarse privadamente, y sólo se puede obtener la aplicación de las normas penales a través del proceso penal. La oficialidad se manifiesta en nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal a través del principio **acusatorio** de manera que la presencia de una acusación social oficial establecida, impide que los particulares puedan disponer en este caso del proceso.

Algunos autores (GOLDSCHMIDT), han querido ver en el principio acusatorio una traslación al proceso penal del principio dispositivo que rige para el proceso civil, pero en realidad presentan un planteamiento diferenciado -aunque pueda verse un origen común ("nemo iudex sine actore")- derivado de las connotaciones de carácter público que se presentan en el proceso penal, que hace que la acción no sea renunciabile, y se configure para la acusación pública como una obligación, siempre que resulte procedente su ejercicio con arreglo a lo dispuesto en las leyes, sin que la conformidad del acusado tenga los efectos definitivos que presenta en el proceso civil la del demandado.

Mediante la acusación se formula el ejercicio de la acción penal, y las diferencias que ésta presenta respecto de la civil, tienen su influencia y repercusión a la hora de determinar su alcance y manifestaciones. En otros casos surgen particularidades derivadas de la diferente función del proceso civil y penal, pudiendo dirigirse el primero frente a personas desconocidas e inciertas, cosa que carecería de sentido en el segundo.

El principio acusatorio forma parte del sistema de valores de alcance universal, en relación con los derechos fundamentales recogidos en todos los ordenamientos jurídicos modernos, y por la propia Constitución¹⁶⁶, que da por supuesta la existencia de una previa acusación (art. 24.2), ideas que han calado muy hondo en la jurisprudencia, y son objeto de constante ratificación.

Frente al principio de necesidad en el proceso civil rige el **principio de oportunidad**, en virtud del cual predomina el interés o la voluntad de los particulares, en su iniciación y desarrollo, pudiendo prescindirse del proceso judicial, utilizando otras formas de heterocomposición, como el arbitraje, una vez que hayan fallado los métodos autocompositivos.

e) Principio de prueba libre y tasada

En relación con la valoración de la prueba el proceso puede estar inspirado en el principio de **prueba libre o de prueba tasada**. Con el fin de ofrecer mayores garantías al justiciable, el sistema de prueba legal establece unos criterios de valoración que vinculan al juez.

De origen germánico el principio de prueba tasada inspiró el proceso penal inquisitivo de la Edad Media, y tiene reminiscencias en nuestro ordenamiento procesal civil que es de aplicación supletoria al proceso laboral y al administrativo, sin que por ello pueda defenderse en el momento presente que rijan en ellos el principio de prueba tasada, porque desde el momento en que se admite con carácter general la "apreciación conjunta de la prueba" consagrada por la

doctrina del Tribunal Supremo, siendo innecesaria la alusión a cada medio concreto, estamos próximos al sistema de la libre apreciación de la prueba, que se considera una conquista del pensamiento liberal del siglo XVII.

La libre valoración, no es una valoración arbitraria, de forma que el juzgador debe razonar el resultado probatorio en la motivación de las sentencias, sobre la base de las prácticas en el juicio oral, precisándose una mínima actividad probatoria susceptible de proporcionar la conclusión obtenida y necesaria para destruir en el caso de condena la presunción de inocencia, tema sobre el que se ha manifestado frecuentemente el TC¹⁷⁰.

¹⁷⁰ S. de 26 de julio de 1982 del TC.

"Toda la argumentación del demandante, dirigida a obtener un pronunciamiento que vuelva la causa penal a la decisión de la Audiencia Provincial para facilitar así su absolución por falta de prueba de la culpabilidad, se construye mediante una censura del relato que se contiene en el "factum" de la sentencia de instancia. En la demanda, al igual que en el precedente recurso de casación, el ahora demandante, acusado en el proceso penal, niega en bloque -como alegación preferente- los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial por la vía negativa de una presunta carencia de pruebas, y desde esta afirmación aduciendo que la culpabilidad debe ser probada, solicita de este Tribunal Constitucional el amparo del derecho a la presunción de inocencia. Cierto que la presunción de inocencia, constitucionalizada hoy en el art. 24.2 de nuestra Constitución y regla vigente siempre en la regulación del proceso penal, comporta como una de sus más capitales aplicaciones que para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, obtenida de la valoración de la prueba, que ha llegado con las debidas garantías al proceso, valoración que es de exclusiva incumbencia del juzgador, en la que, superando caducos sistemas de prueba legal, asume en libertad, según su conciencia o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a la misma. Prueba en conciencia, íntima convicción, quiere decir, por supuesto libertad de apreciación de la prueba, pero en manera alguna prescindiendo de la prueba, desde la obligada distinción entre medio y resultado, referida a la institución probatoria".

f) El principio de proporcionalidad

El derecho en su aplicación debe buscar un equilibrio entre los intereses en conflicto, ponderando las circunstancias concurrentes, de manera que las intervenciones de los poderes públicos en el campo de los derechos y libertades individuales, deben de utilizarse en proporción adecuada a los fines perseguidos.

La proporcionalidad debe ser entendida como criterio de lo razonable¹⁷¹ en la actuación de los poderes públicos, para impedir que su actuación sobrepase los límites exigidos por la consecución de los intereses colectivos, procurando una armonía, con los intereses legítimos individuales. Y constituye un principio inherente al Estado de Derecho, que se presenta como una garantía básica de operatividad, en defensa de las libertades fundamentales.

Tiene especial aplicación al proceso penal, exigiendo que las restricciones de los derechos fundamentales, se encuentran previstas por la ley y sean adecuadas a los fines legítimos que persigan¹⁷². Así por ejemplo, la prisión provisional, como gravísima restricción a la libertad personal, antes de haber sido condenado, exige una rigurosa valoración de las circunstancias concurrentes, para no imponer a la persona restricciones innecesarias y desproporcionadas, hasta el punto de que ha llegado a cuestionarse por esta razón la propia legalidad de la medida¹⁷³.

¹⁷¹Ver PEDRAZ PENALVA. *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*. En Constitución, jurisdicción y Proceso, cit., pág. 288.

¹⁷²Ver GONZÁLEZ CUÉLLAR, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex. Madrid. 1990, pág. 17.

¹⁷³PEDRAZ. Trab. cit. *El principio de proporcionalidad*. Pág. 308.

"Medir los intereses que colisionan de manera constante en la convivencia y contrapesarlos, en función de los valores subyacentes, para decidir en las controversias de un modo jurídicamente adecuado, es algo que se realiza seguramente en cada acto de creación o de aplicación normativa. Por ello, la mención del principio de proporcionalidad como pauta que legisladores, jueces o aplicadores del Derecho en general deben respetar no supone quizás más que recordar la inestabilidad del sistema de

Se trata de un principio que puede encontrar apoyo en varios preceptos constitucionales, y el TC ha reconocido transcendencia en este orden, pero con bastante imprecisión¹⁷⁴.

2.-PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

I. La idea de procedimiento nos lleva hacia las formas concretas de los actos, que deben ordenarse en función de la garantía y claridad de los mismos, para facilitar la tutela judicial efectiva eludiendo todos aquéllos que puedan convertirse en obstáculos que impidan injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo¹⁷⁵.

valores sobre el que se asientan las normas jurídicas, sin que con esta simple apelación al principio en abstracto se indique la jerarquía de dichos valores. Únicamente exige el conocimiento de los intereses en juego, la comparación de los valores sobre los que se apoyan y la limitación, en la medida de lo necesario, del sacrificio de los que deban ceder.

¹⁷⁴Dice ORTEGA BENITO: "Nuestro órgano de justicia constitucional (...) no ha elaborado el principio de proporcionalidad respondiendo en su desordenada y, en ocasiones desacertada, aplicación ya a una importante mimética parcial del T.E.D.H. (en cuanto excesivamente respetuosa a veces, a mi juicio, con el ámbito discrecional) o del BVerfG (sin haber partido de los presupuestos conceptuales por este órgano establecidos y sin extraer las correspondientes consecuencias) ya a una heterogénea y, con cierta frecuencia, simplista, desconceptualizada y equívoca consideración del mismo". *El principio de proporcionalidad y su aplicación judicial*. Valladolid, 1989, pág. 286, inédito.

¹⁷⁵"El Tribunal ha sostenido la libertad del legislador para ordenar el proceso y el sistema de recursos en el proceso laboral e incluso para, dentro del sistema por él elegido, exigir el cumplimiento por el recurrente de determinados requisitos y formalidades, ya que "las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso" -STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ cuarto (R. T. Const. 19); STC 40/1983, de 18 de mayo, Sala Segunda, FJ segundo (R. T. Const. 40); STC 114/1983, de 6 de diciembre, Sala Primera FJ tercero (R. T. Const. 114)-. Ahora bien, aunque en principio las formas en que se estructura un determinado proceso o una instancia o un recurso no constituyen una cuestión de alcance constitucional, el Tribunal, en defensa y reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva, ha insistido con reiteración en varias ideas que constituyen al mismo tiempo criterios hermenéuticos para decidir sobre la constitucionalidad de un determinado

El principio fundamental que en la actualidad debe inspirar el procedimiento judicial es el de que las formalidades específicas de cada uno de ellos deben constituir una adecuada respuesta a las finalidades que justifican su existencia, facilitando en definitiva la utilización del proceso, evitándose que aquéllas sean fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego tal como señala la sentencia del TC de 9.2.85.

Ha sido muy numerosa la doctrina del TC¹⁷⁶ insistiendo sobre este

requisito o de una interpretación jurisdiccional del mismo. En este sentido el Tribunal ha insistido en que ningún requisito formal puede convertirse en "obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo" -STC 36/1984, de 4 de marzo, Sala Segunda, FJ segundo (R. T. Const. 36); STC 57/1984, de 8 de mayo, Sala Segunda, FJ tercero (R. T. Const. 74)-, y ha dicho también que, desde la perspectiva de la constitucionalidad, "no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un formalismo y que no se compaginen con el innecesario (sic) derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades" para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas a la Constitución -STC Pleno 3/1983, de 25 de enero, FJ cuarto (R. T. Const. 3), repetida luego en numerosas Sentencias que no es preciso citar de forma individualizada-. Conviene, por último, insistir en que tales criterios han de ser empleados tanto para enjuiciar la exigencia legal de un requisito como para juzgar sobre su aplicación en un caos concreto, pues, como ha dicho esta Sala en su Sentencia 57/1984 ya citada, el derecho fundamental del que estamos tratando "no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de reglas disciplinarias de los requisitos y formas de las secuencias procesales, en sentidos que, aunque puedan parecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas reinterpretadas a la luz del art. 24.1. de la CE". (STC 29.IV.85).

¹⁷⁶ Es doctrina reiterada de este Tribunal contenida entre otras muchas sentencias en la 19/83, de 14 de marzo (R. T. Const. 19); 61/83, de 21 de julio (R. T. Const. 61); 57/84, de 8 de mayo (R. T. Const. 57); 36/86, de 12 de marzo, y 87/86, de 27 de junio (R. T. Const. 36, 86), que no toda irregularidad formal puede erigirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso. Y que el derecho a la tutela judicial efectiva, no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de for-

aspecto que es fundamentalísimo, en un sistema como el nuestro anclado en criterios formalistas, y aplicado por Tribunales, que durante muchos años han estado sirviendo a aquellas orientaciones, y cuya mentalidad es imposible de modificar con la rapidez con la que se modifica una ley fundamental.

En la forma de los actos procesales, la escritura y la oralidad faci-

malismos enervantes o acudiendo a interpretaciones de las normas que regulan las exigencias formales del proceso claramente desviadas en el sentido propio de tales exigencias o requisitos, interpretados a la ley del art. 24.1 de la Constitución. En este mismo sentido hay que citar también las dos Sentencias 123/83 de 23 de diciembre, y 163/85, de 2 de diciembre, invocadas por las partes y recogidas en el auto recurrido, aunque para excluir del caso la aplicación de su doctrina. En la última de estas Sentencias -163/85- y con relación a la representación del recurrente se dice lo siguiente: "... que aunque se considerase existente un defecto en la representación, o un defecto en la acreditación de dicha representación, tales defectos son de carácter subsanable y deberán por consiguiente subsanarse antes de considerarse caducado el recurso y firme la sentencia recurrida". (STC. 13.10.86).

"Ahora bien, aunque el legislador goce de un amplio margen de libertad en esa materia, tales requisitos, que suponen una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia.

Por la misma razón, las normas que contienen los requisitos formales han de ser aplicadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecer dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertirá en meros obstáculos procesales y en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego. Así lo ha puesto de relieve este Tribunal Constitucional en su sentencia 57/1984 de 8 de mayo (R. T. Const. 57), en la misma línea mantenida en sentencias anteriores".

"Pero, de acuerdo con las consideraciones anteriores, es preciso distinguir entre el rigor formal que viene exigido, o cuando menos justificado por la naturaleza del mismo recurso y que, como ha señalado la Sala Sexta del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de julio de 1979 (R. Jurisp. 2620), sirve "para enmarcar el cuadro de actividad dentro del cual ha de desenvolverse la Sala en la decisión del recurso", y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal. Y es en ese terreno donde el recurrente sitúa la posible vulneración del art. 24 de la Constitución". (STC. 9.11.85).

litan otros principios, pues resulta evidente que las actuaciones orales procuran la inmediación, concentración y publicidad, y la escritura el de mediación, dispersión de trámite y secreto de actuaciones.

II. **La oralidad** se ha impuesto en el derecho europeo y la Constitución en su art. 120, indica que el procedimiento será predominantemente oral sobre todo en materia criminal. Efectivamente los procedimientos penales en su verdadera fase procesal o de plenario son orales, y también lo es el procedimiento laboral, con mayor predominio de la escritura en el administrativo, y el civil, si bien también en ellos en las últimas reformas se aprecia una mayor incidencia de la oralidad. (ver arts 137 y ss NLEC).

En el fondo son razones de comodidad en su preparación y de constancia que elimina la necesidad de tomar notas, las que influyen a favor de la tendencia profesional a la escritura que sin duda aparece justificada para aquellos actos fundamentales, como los que determinan la petición, o la resolución judicial, salvo en supuestos sencillos y elementales que permitan su formulación "in voce", y que desde luego, serán después incorporadas a un documento.

La oralidad y la escritura deben combinarse, con claro predominio de la primera para la práctica de las pruebas y las conclusiones por vía de informe, pues con independencia del mandato constitucional, el informe oral del abogado parece una pieza indispensable en todo procedimiento¹⁷⁷.

¹⁷⁷ HERNÁNDEZ GIL. *El abogado y el razonamiento jurídico*. Madrid. 1975, pág. 33. "Creo firmemente en el informe oral. Me parece una pieza indispensable del proceso. Podrá discutirse si tal creencia tiene por base simplemente la fe o también la razón o está condicionada por la estructura inconsciente en que uno se desenvuelve. El caso es que sin informe oral me parece que le falta el remate a la obra del abogado ante los Tribunales. No desconozco que existen muchas circunstancias congenerantes a la singularidad personal del que habla y de los que escuchan e incluso algunas derivadas de la propia naturaleza del asunto con entidad para influir de uno u otro modo en la eficacia del informe, la cual podrá verse, en ocasiones, sensiblemente

III. **La oralidad** precisa la inmediación del tribunal, que oye directamente a las partes, y recibe próximamente el resultado de las pruebas. En realidad esa presencia directa es obligada siempre, lo que ocurre es que la oralidad del acto del juicio no suele permitir delegaciones del juez en el personal judicial, que además creemos que responden más bien a corruptelas inveteradas por el uso, sin ventaja alguna para el juzgador, que en la generalidad de los casos habrá de realizar un esfuerzo superior para el estudio de la causa, cuando no ha conocido de la prueba, porque sobre todo la realización personal de la prueba de confesión de las partes, puede resolver todo un complicado tema probatorio.

Si uno de los grandes males, profusamente detectados en nuestros procedimientos, es la incomunicación existente entre las partes y el juez, sólo robusteciendo el principio de inmediación podríamos solucionar alguno de aquéllos. Si el juez no puede estar presente, es mucho mejor que la diligencia no se celebre porque se está contribuyendo a una causa innoble, menospreciándose al justiciable, y degradando al abogado que queda inhabilitado para ejercitar dignamente su misión, y se ve impotente, por ejemplo, ante preguntas y posiciones, no sólo impertinentes sino también vergonzosas.

Para no extendernos, sobre el principio de inmediación sólo hay que

mermada. El abogado mediante el uso de la palabra hace un esfuerzo que fluye al exterior para dar a conocer los argumentos sustentadores de la solución propugnada. El grado de receptibilidad del informe no tiene, como es lógico, las mismas posibilidades de una constatación segura. En gran medida la incidencia del informe sobre sus destinatarios queda oculta en la interioridad psicológica no siempre identificable por el comportamiento. La "atención" que se aprecia en los señores de la Sala, el "silencio" e incluso alguna aparente señal de asentimiento, no son, ni mucho menos, índices seguros. Pueden ser simples actitudes corteses, simpatía, curiosidad por determinado argumento, etc. Pretender que los miembros de un Tribunal, sin ninguna clase de evasiones ni fisuras, acojan punto por punto el informe con igual tensión que se emitió me parece un idealismo utópico como módulo de pertinencia y efectividad del informe. Creer en la total impermeabilidad es una exageración de signo opuesto. Con todas sus limitaciones, me inclino decididamente por el informe oral".

decir una cosa, y es la de que sin su inexcusable presencia el procedimiento judicial es un verdadero fraude para el justiciable. En la NLEC se pone especial énfasis sobre la necesaria presencia del Juez en los actos de prueba, comparecencia y vistas(art.137) y que sea el juez que ha intervenido en ellas, el que dicte sentencia.

IV. El procedimiento oral es susceptible de **concentración** en una o varias comparecencias, cuando el asunto no es muy complicado, pues siéndolo resulta imposible, como ha ocurrido en casos penales de reciente recuerdo, cuyas actuaciones se han dilatado a lo largo de seis meses. Salvo estos supuestos excepcionales en los que oralidad y concentración no están unidos, con efectos sin duda negativos, por la dificultad de recordar lo ocurrido en las primeras sesiones, salvo estos supuestos, digo, representan el beneficio de una mejor reconstrucción histórica, con una completa visión de conjunto, tanto para el juzgador como para los abogados, que por tener que atender otros asuntos, no dispersan datos y conocimientos en clara ventaja para la mejor resolución del litigio, que en definitiva es el fin pretendido.

V. El principio de **publicidad**, exige que los actos procesales puedan ser presenciados por el público en general, y es una exigencia constitucional proclamada en el art. 120 de la carta fundamental, y que sólo es asequible en las actuaciones orales practicadas en "audiencia pública", base fundamental de la pretendida confianza del ciudadano en la Administración de Justicia, tantas veces considerada como algo misterioso y sacramental, o como diálogo ininteligible de jueces y abogados lejanos a la realidad social que pretende satisfacer¹⁷⁸.

¹⁷⁸"Hemos de empezar señalando que el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 CE, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho. El art. 24.2 CE ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo. En los mismos términos se encuentra reconocido el derecho a un proceso públi-

En la fase de "juicio oral" en el proceso penal y en el proceso laboral predominan las actuaciones públicas, y ahora también en el civil, tanto en el juicio ordinario como en el verbal(art.138: las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública" Como novedad la NLEC prevé la publicidad de las actuaciones

co en el art. 61. Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiendo sostenido al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en idéntica dirección que la que acabamos de señalar, que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales establecida en el art. 6.1 del referido Convenio, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; por lo que constituye uno de los medios de preservar la confianza en los Jueces y Tribunales" (sentencia en el caso "Pretto y otros", de 8 dic. 1983; asimismo en la del caso "Axen", de la misma fecha). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia.

El principio de publicidad, por otra parte, tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: el control público de la justicia y la confianza en los Tribunales. Como establece, por último, el art. 120.1 CE, la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que en todo caso, deberán estar autorizadas por una Ley. Una primera excepción se encuentra en el art. 232 LOPJ, que en su párr. 2º establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Otra es la del art. 680 LECrim., según el cual las sesiones podrán tener lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", y el Presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignando el acuerdo en Auto motivado".

De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y, en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia.

Por lo tanto, debe señalarse, como también lo ha hecho la Sentencia recurrida, que el art. 268 LOPJ -a cuyo tenor, como se dijo, se autoriza la constitución del órgano-

nes judiciales, para cualquier persona que acredite interés legítimo(art.140). Las excepciones a la regla general de los actos procesales públicos, han de ser motivadas por razones de seguridad, orden público, o respeto a la intimidad personal. Son secretas las deliberaciones y los resultados de las votaciones de los órganos colegiados (233 LOPJ Y 139 LEC) . Razones de orden público o de protección de derechos y libertades permiten la celebración de determinados actos a puerta cerrada (art.138.2 NLEC). Podrá decretarse el secreto de las actuaciones para proteger a los implicados en la causa o asegurar el éxito de las investigaciones en el proceso penal.

En general el problema de la forma de los actos procesales es principal, y requiere especial atención pues son una evidente garantía de la aplicación del derecho, y un requisito necesario de la función jurisdiccional, que no debemos confundir con el "formalismo" que perdura en nuestro ordenamiento como supervivencia de ideas ya desechadas. La forma es necesaria, y el formalismo es perjudicial para la justicia, contribuyendo en gran medida a la falta de interés y al desconocimiento de la misma por los ciudadanos (PRIETO CASTRO).

VI. El principio de **preclusión**, exige que los actos procesales sean realizados en el momento oportuno, para que sean eficaces. Es una consecuencia de la división del proceso en diversas fases y períodos, y del orden implícito, que precisa que la contestación a la demanda se formule en el plazo concedido al efecto, como la proposición de prueba, o el trámite de conclusiones por escrito, de forma que si no se realiza, se pierde la oportunidad de realizarse. Las alegaciones y las pruebas deben producirse en el momento procesal oportuno. Se recoge expresamente en la NLEC en su exposición de motivos que "la ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos." Aunque la prue-

judicial fuera de su sede-, contiene una norma encaminada a dotar de eficacia al procedimiento, cuya aplicación debe hacerse sin merma de las garantías constitucionales del proceso". (STC. 10.6.87).

ba aparece más dispersa al potenciarse la presentación inicial de la documental y pericial, con la demanda y contestación, que en realidad puede alargarse hasta las diligencias finales.

Así se expresaba por el R.D.L. de 2 de abril de 1924, al indicar que transcurrido el término judicial quedará de derecho caducado y perdido el trámite o recurso que hubiese dejado de utilizarse, sin necesidad de escritos de apremio, y nunca serán admitidos.